**ESCOLAS MODERNAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: APROXIMAÇÕES, AFASTAMENTOS, DIVERGÊNCIAS E COMPLEMENTARIEDADE-ANÁLISE DO JULGADO DE RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS**: A atuação do Judiciário na conjugação do interesse positivados na lei e os interesses sociais vigentes: análise do julgado das uniões homoafetivas.[[1]](#footnote-2)

Bruno Henrique Bernardo Fahd.

Eric Abreu Caldas.[[2]](#footnote-3)

RESUMO

Este “paper” tem por finalidade levantar um estudo crítico do julgado ADI 4277 sobre a união homoafetiva. Analisar-se-á qual escola hermenêutica proporciona uma interpretação mais salutar. As escolas escolhidas para o referido estudo são a Jurisprudência dos Interesses e a Escola Exegética. O grande pensador a ser estudado de modo intenso será Rudolf Von Jhering.

Palavras-chave: Jurisprudência do Interesse. União Homoafetiva. Escola Exegética.

ABSTRACT

Thid “paper” is intended to raise a critical study of ADI 4277 about union homoafetiva. It will examine what school provides provides a hermeneutic interpretation most salutary. The scools chosen for this study is the Jurisprudence of Interests and Exegetical School. The great thinker to be studied intensely is Rudolf von Jhering.

Keywords: Jurisprudence of Interests. Homoafetive Union. Exegetical School

**INTRODUÇÃO:**

Este trabalho terá como base o pensamento de Rudolf Von Jhering precursor da Escola Jurisprudência do Interesse. ADI 4277 será interpretada com base na Jurisprudência do Interesse, apresentar-se-á uma oposição a Escola Exegética.

Este trabalho analisará os votos dos Ministros do STF Ayres Britto, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes a respeito da ADI4277 identificando em cada voto o que há de característica da Escola Exegética e Jurisprudência do interesse.

O uso do termo homem e mulher no Art. 1723 CC não deve ser limitador para a composição da união entre casais do mesmo sexo. Deve-se levar em consideração os valores sociais vigentes, a própria função do direito, os direitos fundamentais adquiridos. Repugnando-se a supervalorização da interpretação normativa isolada dos interesses sociais.

.

1. **Revolução Social em Jhering e a luta pelos interesses sociais:**

Jhering, precursor da Jurisprudência dos Interesses demonstra de forma patente a característica pragmática dessa Escola Hermenêutica. O direito nessa perspectiva é construído a partir de valores e interesses sociais. Jhering (2002, p.17 e 22) trabalha com alguns exemplos elucidativos para melhor compreensão de vontade-finalidade.

Todo agir envolve um fim, beber água não é um fim em si, mas um meio para se chegar a finalidade: saciar a sede, a vontade de beber foram mecanismos criados pela natureza para possibilitar a sobrevivência.

Quando alguém se joga da ponte pode-se falar: ela se jogou da ponte porque queria suicidar-se, tem o mesmo significado de: ela se jogou da ponte, a fim de, suicidar-se. O “porque” é usado com o mesmo significado de “a fim de”. O mesmo não ocorre em: ela morreu porque caiu da ponte. Na primeira situação o agir foi um ato de vontade que tem como objetivo uma finalidade, entretanto, no segundo foi uma casualidade, não estava em seu controle, não houve uma expressão de vontade.

 Jhering (2002, p. 16 e 17) “a vontade é a força impulsionadora, pois o homem age visando sempre um fim, a finalidade é o móbil da vontade, quando surge a vontade tem-se a finalidade, ambas necessitam de um agir para chegar a um fim”.

O direito resumir-se- ia na coordenação de garantias dos interesses dos membros da sociedade, ao passo que a atividade do juiz estaria direcionada para a composição dos interesses das partes em conflito, de acordo com o comando normativo. (DINIZ, Maria Helena, 2001, p. 93).

Mesmo quando se age diante de uma coação tem-se a oportunidade de expressar vontade, quando uma pessoa é assaltada e decide não reagir, esta optou pela vida em detrimento do seu patrimônio. O Estado exerce coação na sociedade. Contudo, não é correto afirmar que os indivíduos não exercem sua vontade.

O agir habitual, em que não mais pensamos, é também um agir finalista. Ele representa para a vida do indivíduo o mesmo fenômeno que o costume e o direito consuetudinário representa para a vida do povo. Em ambos os casos, tanto no indivíduo quanto no povo, o ato era originalmente produzido por um fim consciente ou sentido de modo mais ou menos claro... Querer e querer em razão de um fim são sinônimos. (p.25 e 26)

O direito teria como finalidade proteger e viabilizar os interesses sociais vigentes e os interesses do poder legislativo, como representante do povo. A história exerceria o papel de “descobridora” dos interesses do legislador para compatibilizar com o interesse social contemporâneo.

A temática homoafetiva foi trabalhada em diversos momentos históricos. Em 1895 com a obra “O bom crioulo” de Adolfo Caminha com os protagonistas Amaro e Aleixo que vivem um romance. Todavia, a recepção pelo público não foi positiva, pois era visto como uma pederastia um romance entre homens negros.

A Igreja e a medicina trabalharam em cima do discurso homofóbico. Por esta razão, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo é inadmissível, uma conduta desviante da moral deve ser combatida. A medicina teve por desígnio estipular uma campanha de saneamento social. Visto esses percalços haverá uma união da “classe” homoafetiva.

Jhering (2002) trabalha dignamente o conceito de união. Na união não se torna participante, mas membro, por isso não só admitem de boa vontade os membros, mas também os deseja. A luta pelo reconhecimento dos direitos dos homoafetivos se fará nessa perspectiva, unindo todos aqueles que compatibilizem da mesma ideia com intuito de fortificar o grupo. Cada aumento no número de membro aumentará a força da união, tanto pessoal como materialmente e assim os meios para perseguição das finalidades. Cada aumento enaltece o espírito de cooperação.

A esquerda almeja mudanças no quadro social vigente, esse movimento de contra cultura propõe debater sobre o prazer sexual e a liberdade sexual. Em 1969 em Nova York há a criação de um grupo ativista engajado na luta pela liberdade sexual. O Brasil tentará espelhar-se, entretanto, a ditadura militar abordará o movimento, que nem ao menos teve a oportunidade de nascer.

Com o final da ditadura surge no ano de 1979 em São Paulo o grupo “Somos: grupo de afirmação” que será o precursor no Brasil. Incentivando o surgimento de outros grupos à exemplo o “ Grupo Gay da Bahia”.

A imprensa “alternativa” no ano de 1978 lança um jornal mensal intitulado de: “Lampião da Esquina” cujo discurso basilar é viabilizar um espaço para o trabalho da temática homoafetiva, fomentando uma comunicação e integração entre os adeptos da ideia de liberdade sexual, retirando os homoafetivos da marginalização social. Um dos editores foi Aguinaldo Silva possuidor de grande reconhecimento nacional.

Jhering (2002, p. 208) “A união imbuída do espírito do direito, empenha-se zelosamente, procurando expandir-se, crescendo, quanto mais possível em poder, reputação e influência”. É notório que os adeptos da idéia de liberdade sexual fizeram exatamente como propunha Jhering, uniram-se e se organizaram na luta pelos seus interesses. Abaixo segue a mais bela definição de reconhecimento que o interesse de um “homem” conjugado com interesses de outros tem uma capacidade transformadora imensurável.

A coincidência dos fins e interesses recíprocos eis a fórmula pela qual a natureza, o estado, e o indivíduo exercem poder sobre o egoísmo, sobre ela repousa o milagre do mundo humano em que uma força, querendo algo minúsculo, consegue algo grandioso. Ela só quer a si mesma: seu mesquinho, efêmero eu com seu insignificante interesse, e provoca obras e culturas diante das quais este eu se apresenta como apenas um mero grão de areia em confronto com os Alpes – um animal que é interceptável a olho nu, cria toda uma cadeia de montanhas o infusório o egoísta só quer a si mesmo, mas constrói o mundo. (JHERING, 2002, p. 43).

O Estado nada mais é do que um protótipo da sociedade, quando o direito do indivíduo se compatibiliza com o do Estado não há perigo algum. Contudo, quando ocorre essa antítese a garantia é posta em prova, o indivíduo tem que se unir, pois no direito há a preponderância do interesse comum sobre o interesse individual, está é a visão de Jhering.

Conforme a Jurisprudência do Interesse, o direito tem que estar em simbiose com a vida, havendo de guardar interesses legais e sociais. Os interesses humanos, assim como a sociedade estão constantemente se modificando. O juiz tem a função de atualização da vontade do legislador o papel do juiz não é criar leis, mas basear-se nas existentes junto com o interesse social, pode-se fazer uso de analogia interpretação extensiva para casos que não estejam disciplinados. A jurisprudência não cria normas, mas as organiza-as.

1. **Justiça Legislativa e Justiça Judicial: e a insuficiência do Exegetismo**

O juiz é justo quando faz uso coerente da lei. Todavia, a justiça legislativa é de natureza moral. O legislador ao invés do juiz não encontra características do que seja justo na lei, mas precisa antes de criar a lei encontrar o justo para realizá-lo na própria lei.

A justiça tem como princípio basilar gerar igualdade. O desequilíbrio na igualdade tem como corolário, a luta social, em relação aos homoafetivos a desigualdade teve por consequência uma luta social com escopo de igualdade de direitos, cuja finalidade é gerar equilíbrios, luta que em dada circunstância constitui ameaça altamente perigosa e abalo da ordem social existente. Estas observações tão atuais foram realizadas por Jhering.

Justiça na ordem gramatical seria o que está conforme a lei, sendo sinônimo de “legal”, “legítimo”. Todavia, esse conceito de justiça parece demasiadamente amplo. A ideia de justiça aliada com igualdade parece mais apropriada.

O pensamento de igualdade condiz com a máxima: “tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades”, pois para Jhering a igualdade não necessita ser aritmética, mas geométrica para mensurar a quota de acordo com a sua contribuição havendo uma visão de igualdade equivalente. Todavia, ao tratar o desigual como igual, na realidade provoca uma ingente desigualdade.

Ao longo da história mundial, inúmeros segmentos sociais foram oprimidos: mulheres, negros, moradores de ruas, entre outros. A Constituição Federal com toda importância promoveu a igualdade, no Artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. I. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Não se faz coerente no Estado democrático de direito qualquer distinção entre homem e mulher de acordo com o texto constitucional. Contudo impunha-se um empecilho para o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Artigo 226. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado. §3º Para efeitos de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

Para a Escola Exegética o dispositivo estaria bastante claro, união somente entre homens e mulheres. O judiciário limitar-se-ia ao texto. A vontade “suprema” do legislador figuraria expressa no corpo normativo, Constituição Federal. A vontade do legislador por ter ele sido eleito pelo povo, nação brasileira, configuraria o interesse social.

Qualquer interpretação que mudasse o significado do artigo 266 §3º CF/88 acarretaria um arbítrio. O juiz limitar-se-ia ao corpo normativo, o ativismo judicial simplesmente é repugnado.

O ativismo judicial também conhecido como judicialização da política. É uma ampliação do poder do tribunal, tem por finalidade fazer um controle de constitucionalidade, suprimir lacunas na legislação brasileira. Tem como característica uma visão mais atual e humanística da sociedade. O ativismo judicial tem por escopo “corrigir” as falhas, omissões do legislativo. O judiciário representa uma verdade de “liga da justiça” para a sociedade brasileira que se encontra entristecida com esquemas de corrupção cada vez mais escandalosos, omissões dos deputados e senadores em votarem questões controvertidas por receio de perderem votos. A nação brasileira deposita no judiciário suas esperanças.

1. **Interesses Presentes no julgado de reconhecimento das uniões homoafetivas**.

Exposto anteriormente que toda vontade é movida por interesse (finalidades). ADI 4277 não é diferente o seu objetivo é que os artigos 226 § 3º CF e 1723 CC sejam interpretados conforme a Constituição brasileira. Levando em consideração direitos como: igualdade, segurança jurídica, liberdade, dignidade da pessoa humana. Não esquecer também qual a função do Estado Democrático de Direito.

O não reconhecimento das uniões homoafetivas fere de modo petulante os interesses sociais que cada dia conclama por justiça. O principio da igualdade previsto no Art. 3º IV CF, veda qualquer distinção com base na cor da pele e no gênero. Ter como parâmetro quem pode constituir união estável com base na diferença de sexos, excluindo desse direito os casais homoafetivos, o que explícita um ferimento a inúmeros princípios Constitucionais entre eles o da igualdade bastante apregoado Jhering para se considerar um Estado justo.

O princípio da liberdade será usurpado, à proporção que a “orientação” sexual tem uma íntima ligação com a autonomia privada. Não há nada mais privado do que os atos sexuais praticados pelos casais.

 A dignidade humana não será respeitada, pois a busca pela felicidade através da concretização de projetos de cunho pessoal é digna de ser considerada e respeitada.

A entidade família sofreu uma transformação brusca nas ultimas décadas que é incoerente falar apenas de “heterofamília”, mas se faz necessária a compreensão a partir das mudanças sociais. A Jurisprudência do Interesse concede uma compreensão atualizada, pois na contemporaneidade há inúmeros modelos de famílias, não se pode considerar uma aberração as famílias homoafetivas, pois constitui um fato da vida e tem que ser regulado como tal.

A Escola Exegética mostra-se insuficiente para fomentar o respeito aos valores Constitucionais junto com a leitura do Art. 1723 CC. Todavia, os termos homem e mulher foram empregados com o intuito de colocar em patamar de igualdade homem e mulher abolindo poderes “especiais” concedidos ao homem durante o regime das famílias patriarcais.

O Ministro relator Ayres Britto em seu voto expõe que a união homoafetiva não tem o viés de uma parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva e amorosa, a implicar um voluntário navegar emparcurando por um rio sem margens fixas, sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto ao outro. Não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar. Trata-se, pois de uma clara opção pela Jurisprudência do Interesse, pois tanto o está quando aquele propõe uma integração entre a lei analisada e as circunstâncias presenciadas. Demonstrando de forma patente a insuficiência da Escola Exegese, que colocaria o direito em risco de tornar-se arcaico e limitado.

A nossa Constituição é baseada no constitucionalismo fraternal que pretende o bem de todos, através da inclusão social, que tem que adotar políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil – moral dos estratos sociais vilipendiados: negros, índios, mulheres, portadores de deficiência e os homoafetivos. As políticas públicas devem combater o preconceito e aceitar o pluralismo político-cultural. Na democracia deve se respeitar as diferenças (pluralismo) a respeitosa convivência dos contrários. (Voto da ADI 4277 Ministro Relator Ayres Britto).

 A Ministra Cármen Lúcia Faz um salutar posicionamento crítico a respeito das conquistas de direitos, assunto tratado em tópico anterior. Coloca o direito como uma luta por interesses.

Observar que a conquista de direitos é tão difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para gerações que cuida de batalhar pela sua aquisição. E parece uma obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vivem como realidade conquistada e consolidada. (Voto da ADI 4277da Ministra Cármen Lúcia).

A Ministra acentua: pode-se não adotar as mesmas escolhas (união homoafetiva) do outro, só que não se pode deixar de reconhecer a possibilidade dessas escolhas. Porque a vida é do outro e a forma escolhida para viver não esbarra no direito. O direito existe para a vida e não a vida para o direito. A Jurisprudência do Interesse compartilha desse ideia, pois o jurista tem que fazer notória observação da realidade social vigente junto com seus valores, finalidade e necessidades e adequar a lei a essa realidade. Não é apregoada a soberania normativa, mas a valorização da vida.

O Ministro Gilmar Mendes ressalta que a interpretação restritiva dos dispositivos reguladores da união somente entre homem e mulher seria inconstitucional. Contudo, faz uma observação que a analise conforme a Constituição conhece alguns limites. A lei é a expressão do legislador. A interpretação de acordo com a CF se faz possível somente se não alterar abruptamente o significado expostos, pois o juiz não pode conferir maior significado a

vontade do legislador. A Escola Exegese compartilha desse posicionamento do juiz não estar apto para mudar a vontade do legislador, logo não pode alterar o texto normativo.

**CONCLUSÃO:**

Após todas as considerações feitas sobre o pensamento do ilustre Jhering em relação ao desenvolvimento social e o direito, passando pela evolução das relações homeafetivas, abordando por meio de grandes doutrinadores as definições e diferenças das escolas da Exegese e da Jurisprudência dos Interesses, pode-se entender melhor os argumentos elencados pelos ministros do STF na ADI 4226.

Observando-se assim, portanto, por quais pensamentos e escolas se guiaram cada um dos ministros e verificando que a utilização da escola da Exegese torna-se obsoleta em relação ao uso da Jurisprudência dos Interesses. O caso concreto abordado, sobre as Uniões Homoafetivas mostra bem isso, pois foi uma alteração social que o poder legislativo não conseguiu acompanhar, o que mostra que a vontade do legislador pode sim ficar atrasada com os anseios sociais.

Por isso, torna-se interessante o uso da Jurisprudência do Interesse como um meio de interpretação do direito para solução de conflitos e o ativismo jurídico como sendo um novo caminho para que os anseios sociais sejam atingidos de uma forma mais efetiva e dinâmica, fazendo com que o judiciário consiga assim superar as lacunas existentes no ordenamento.

**REFERÊNCIAS:**

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação:** uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva:** o preconceito e a justiça. 4° ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 22° ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica.** São Paulo: Malheiros, 1997.

JHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito.** 1° ed. São Paulo: Bookseller, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997.

ROCHA, André Sérgio. **Evolução História da Teoria Hermenêutica: do Formalismo do século XVIII ao pós-positivismo.** 2009. Disponível em: <seer.ucp.br/seer/índex.php/LexHumana/article/download/5/4>. Acesso em: 27 de abril de 2012.

1. “Paper” da disciplina: Hermenêutica. [↑](#footnote-ref-2)
2. Alunos do 4º período vespertino da Instituição de Ensino Superior Dom Bosco. [↑](#footnote-ref-3)