

A IRRESTRICÃO NA INTERPRETAÇÃO DOS TEXTOS LEGAIS VISADA PELA ESCOLA DA LIVRE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA: análise do julgado de reconhecimento das uniões homoafetivas

Brenda Cardoso Mendes¹
Thiago Vieira Mathias de Oliveira²

RESUMO

Diante da permanente necessidade de se adaptar o direito às mudanças sociais, busca-se a melhor interpretação deste, de modo a satisfazer os interesses da sociedade. Assim, o presente paper tem por escopo analisar o julgado de reconhecimento das uniões homoafetivas à luz da Escola da Livre Investigação Científica como a mais adequada aos fins do direito.

Palavras-chave: Livre Investigação Científica, Exegetismo e União homoafetiva.

1 INTRODUÇÃO

O intérprete busca de forma clara e precisa, retirando as ambiguidades e obscuridades, o alcance e o sentido de um texto. Ele deve determinar o raio de alcance da norma, que é o fato da vida previsto de forma hipotética. Esta necessidade de amoldamento a cada caso particular, neste trabalho se perfaz pela análise de um caso empírico, o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo STF, que objetiva a interpretação conforme a Constituição Federal, do art. 1723, CC, para que a união das pessoas do mesmo sexo esteja incluída no conceito de família.

Busca-se, assim, relacionar a solução obtida na ADI 4277/11, STF, com aquelas outras possíveis apontadas pela Escola da Livre investigação Científica, esta que será o referencial teórico desta pesquisa, pois reconhece a insuficiência da lei em resolver todos os casos concretos e advoga a utilização de fontes supletivas, no caso de lacunas e incompletude, assim acompanhando o dinamismo da sociedade. Os pontos de contatos desta escola à do Direito Livre também subsidiarão a análise. Entretanto, contrapõe-se ambas à Escola do Exegetismo, que prega a atuação restrita do Juiz ao texto da Lei, mediante uma interpretação gramatical e sistemática, não considerando as mutações sociais, querendo provar que o direito resulta da evolução histórica da consciência coletiva e que não há direito resumido à arbitrariedade estatal.

¹ Aluna do Curso de Direito.

² Professor Mestre, orientador.

2 A SEGURANÇA JURÍDICA DA LEI E A PONDERAÇÃO DOS FATOS SOCIAIS BUSCADA PELA ESCOLA DA LIVRE PESQUISA DO DIREITO

A Escola Francesa da Livre Investigação Científica possui como principal representante François Geny, que no início do séc. XX se opôs criticamente à Escola do Exegetismo (séc. XIX) e a interpretação literal do Código Civil Francês perfeito e sem lacunas. Os Códigos eram o *locus* que abrangiam todas as normas necessárias para resolver quaisquer problemas jurídicos. Geny acreditava que a lei é uma “manifestação da vontade do legislador que nem sempre expressa o que racionalmente deveria exprimir” (DINIZ, 2011, p. 62). Logo, Geny ainda adota este pressuposto tradicional de que a interpretação jurídica deve buscar a vontade do legislador que conteria a sua razão, buscar o seu propósito ao elaborar a norma em sua origem. Esta vontade é que corresponde ao sentido autêntico e verdadeiro da interpretação. Para o autor, a importância da ordem escrita era inquestionável. Entretanto, uma vez que diante da desatualização dos Códigos frente aos novos problemas que os tornam lacunosos e vazios, os textos não conseguem abarcar a complexidade das relações humanas. Esta é a primeira crítica deste autor.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2011, p.58),

[...] diz François Géný, a experiência demonstra que a lei escrita é incapaz de solucionar todos e até mesmo os casos que caem sob sua égide, isto porque a sua solução não depende somente da letra da lei, mas também de ponderação dos fatos sociais concretos, por ser necessário investigar as realidades sociais concretas, para que a aplicação da lei produza os resultados perseguidos pelo legislador.

Diante disso, observa-se a radical oposição à escola do Exegetismo e seu aspecto racional. Insistir em uma interpretação restrita à lei levaria a uma interpretação arbitrária arraigada de interesses pessoais do juiz. Verifica-se, também, a base empírica da Escola, pois revela a importância da verificação dos fatos sociais pelo juiz quando se defronta com casos de lacunas legais. A segunda crítica feita por Geny ao Exegetismo revela a subsidiariedade no seu pensamento, pois ele admite as falhas do legislador reveladas nas ambiguidades, o que leva à necessidade da busca de outras fontes do direito para construir a norma concreta individual. Para ele seria falsidade, ficção tentar construir uma Escola com “total” objetividade aos textos e à interpretação do juiz. Em Geny, esta objetividade está na utilização dos métodos fornecidos pela Escola. Por isso, a perfeita subsunção da norma abstrata e geral ocorreria se se investigasse a realidade social, uma análise de cunho mais social seria capaz de contemplar mais a vontade do legislador.

Diante do exposto, o pensamento pode se mostrar contraditório, pois como é possível que Geny defenda a busca de objetividade de outras fontes por meio do próprio intérprete (subjetivo)? Geny diz que na ausência de normas para resolver o caso concreto é preciso lançar mão de fontes supletivas ordenadas hierarquicamente para evitar o arbítrio do juiz e se primar pela segurança jurídica da lei positiva, ou seja, Geny critica o subjetivismo exagerado. Assim, o aplicador da lei, por meio da atividade científica, poderia encontrar a solução jurídica primeiramente nos costumes, segundo na autoridade e tradição, quando consagradas pela doutrina e jurisprudência e terceiro, na livre investigação científica. Observa-se tal raciocínio na doutrina de Karl Larenz (1997, p. 69), quando afirma que a investigação científica é conveniente pelo seu rigor, pois é apta não apenas para fornecer uma solução objetiva, evitando arbítrios, mas também uma solução legítima, originada dos próprios costumes e valores sociais. A experiência aponta para que a livre investigação científica não seja produto das convicções pessoais do aplicador.

Esta interpretação oferecia ao interprete os critérios de justiça prevalentes na sociedade e que subsidiariam o Poder Legislativo na promulgação de novas leis. Assim, a atividade do interprete coaduna-se com a ordem jurídica positiva, com suas regras e princípios garantidores do Estado de Direito, ou seja, o interprete não nega tal ordem. A lei continua a ser considerada a principal fonte do direito, devendo-se esgotar todas as chances de resolver o caso concreto pelas leis positivas. Assim, o intérprete se baseia na sua investigação em princípios, quais sejam (DINIZ, 2011, p. 63): a) da autonomia da vontade, que sustenta todo o Direito Privado, b) da ordem e do interesse público, pois se devem conjugar os interesse privados com os direitos de ordem pública, c) do justo equilíbrio ou harmonização dos interesses privados opostos, pois o juiz deve pesar estes interesses para saber qual deva preponderar em face do outro para concretizar a justiça e as convicções sociais. Desse modo a livre investigação científica se caracteriza como científica, já que continua pregando o rigor, a imparcialidade, a objetividade. É livre porque admite ao juiz recorrer a outras fontes e também a realidade social e princípios de ordem que a regem. Logo, recorre à outras fontes sem perder a legitimidade. Maria Helena Diniz (2011, p. 63) explicita melhor: “[...] é livre porque não se submete a uma autoridade positiva e é científica, porque pode dar bases sólidas aos elementos objetivos descobertos pela ciência jurídica”.

Destarte, Geny acredita que a técnica jurídica deve adaptar meios aos fins do direito e este às exigências concretas da sociedade. O Direito estaria na própria sociedade e não nas leis promulgados. Contudo, o juiz, como já dito, não estaria totalmente livre nesta atividade, não age segundo sua sensibilidade para só depois encontrar argumentos racionais ou

fundamentos legais correspondendo ao seu senso comum como bem defendia a Escola do Direito Livre, pois para esta escola o juiz possui compromisso apenas com o direito brotado dos grupos e movimentos sociais. O juiz age conforme sua exclusiva convicção de justiça nos casos em que existissem lacunas na lei. É movimento mais radical que objetiva um total “abandono ao modelo estadual, legalista e racionalista do direito, a caminho de uma fundamentação livre, fundada na sensibilidade jurídica comunitária, auscultada, caso a caso, pelo juiz” (HESPANHA, 2003, p. 289). Deu maior ênfase à natureza política da decisão do juiz, caráter mais pessoal e menos racional da decisão, pois este possui compromisso ético e social quando decide que teria sido olvidado pelo positivismo jurídico. Entretanto, entende-se que este movimento é perturbador para a garantia da certeza e segurança jurídica e da estrutura social.

3 CRÍTICA A ESCOLA DA EXEGESE: A AUTOSSUFICIÊNCIA DOS CÓDIGOS DIANTE DAS MUDANÇAS SOCIAIS

A Escola da Exegese surgiu na França, no início do século XIX e desenvolveu-se principalmente a partir da edição do Código Civil Francês de 1804, o Código de Napoleão. Como esse Código “unificou o direito civil francês, os juristas entenderam que deviam fazer apenas a exegese³ do texto legal, ficando, assim, a ciência do direito reduzida a mera tarefa de exegetas” (DINIZ, 2011, p. 51). Na lição de Paulo Nader (apud BETIOLI, 2011, p. 390) a Escola da Exegese possui três postulados básicos, a saber: dogmatismo legal, a subordinação à vontade do legislador e o entendimento de o Estado ser o único autor do direito. Para esta Escola a lei escrita devia ser a única fonte do Direito. Assim, a função do jurista era ater-se estritamente e rigorosamente ao texto legal e revelar o seu sentido, adotando-se o método gramatical⁴ e sistemático⁵ para interpretação da lei, buscando-se encontrar a vontade do legislador, ou seja, interpretar a lei segundo a intenção deste que planejou e fez a lei. Isto porque se acreditava na perfeição do sistema normativo, na ideia de que por este ser completo e autossuficiente continha a solução para todas as situações jurídicas ou casos e conflitos que viessem a ocorrer na vida social. Deste modo, se todo o direito estava na lei ou no código, o

³ “(...) a palavra “exegese” significa comentário ou interpretação minuciosa de um texto...” (BETIOLI, 2011, p.390).

⁴ “Por intermédio da estrutura gramatical, e pelo conteúdo dos termos técnicos, encontrar-se-ia a vontade do legislador reconhecida como a máxima expressão da vontade geral que encarna o poder”. (CAMARGO, 2001, p. 66)

⁵ “O método sistemático também apresenta-se como apropriado no trabalho de interpretação do novo código, um vez que o conjunto de normas integrado e harmônico traduz, em si, um sentido comum, além do significado isolado de seus artigos, cabendo ao intérprete considerar a lei em conformidade com a totalidade do Código”. (CAMARGO, 2001, p. 67)

Estado seria o único autor do direito, visto que detinha o monopólio tanto da lei como do código⁶.

Embora a Escola da Exegese tenha desenvolvido um importante papel no século XIX, conseguido manter-se durante muito tempo garantindo o respeito ao Código de Napoleão, dando ênfase ao aspecto racional do direito, os seus postulados foram e são duramente criticados. A primeira delas é de que o legislador não pode prever todas as ocorrências que surgem no âmbito do convívio social. Além disso, “as mudanças sociais abrem lacunas inevitáveis nos textos legislativos” (BETIOLI, 2011, p. 391), afastando assim, a ideia de autossuficiência dos códigos. Também, entendendo que a interpretação é uma forma de extrair da lei o seu real sentido, fazendo com que esta cumpra a função para a qual foi criada, supera-se a concepção de subordinação à vontade do legislador, visto que a lei, “uma vez promulgada, desprende-se da intenção originária do legislador para passar a ter um valor de per si, ou seja, uma *validade objetiva*, a partir da qual deve ocorrer o ato interpretativo” (BETIOLI, 2011, p. 392) (grifos do autor). Outra importante crítica diz respeito à concepção de Estado como único autor do direito, posto que “limitar o direito às leis elaboradas pelo Estado é recusar a fonte mais autêntica e genuína, que é o costume jurídico”.

Percebe-se que foi possível desconstruir todos os aspectos pregados pelo Exegetismo. Com as mudanças sociais que ocorreram no decorrer do século XIX, o descompasso entre a lei codificada e os novos aspectos e exigências da sociedade foram ficando cada vez mais evidentes, já que a cada momento novos problemas não regulados pelo Código surgiam. Porém, com o exagerado legalismo da Escola do Exegetismo, tornava-se difícil resolver tais conflitos. Essa foi uma das principais críticas à Escola que pregava um formalismo legalista de total apego às palavras da lei, negando qualquer outra forma de interpretação e utilização de outras fontes. Diante desse quadro, percebeu-se a necessidade de se buscar novos sistemas de interpretação.

Para Gény, a lei continuava a ser considerada a principal fonte de direito, porém, não a única. Em um caso concreto “antes de se recorrer aos costumes e à livre investigação científica, deveriam ser esgotadas todas as possibilidades de busca e uma solução para o caso no direito positivo” (CAMARGO, 2001, p. 70). A grande novidade trazida por esse autor, é

⁶ “A doutrina da Escola da Exegese se reduz, com efeito, a proclamar a onipotência jurídica do legislador, isto é, do Estado, pois, queiramos ou não, o culto do texto da lei e da intenção do legislador, levado ao extremo, coloca o direito de maneira absoluta nas mãos do Estado”. (BONNECASE, apud CAMARGO, 2001, P. 68).

que diante de uma lacuna, sem negar a importância da ordem escrita, admite-se, nas palavras de Camargo (2001, p. 70) “a procura do direito fora do texto legal”.

4 ANÁLISE DO JULGADO DE RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS À LUZ DA ESCOLA DA LIVRE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA

A norma contida no art. 1723 é alvo da ADI 4277, pois se discute a sua incidência nos casos de equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, desde que preenchidos os requisitos semelhantes⁷. Diante disso, analisando a vontade do legislador contida em tal norma, defendida pelo Exegetismo, de que a união estável só poderia se referir a seres de sexo diferente, se torna desatualizada diante das relações sociais hodiernas, pois a união homoafetiva é um fato da vida, uma realidade. Ou seja, uma análise de cunho mais social seria capaz de contemplar mais a vontade do legislador, conforme entendimento da Escola da Livre Investigação Científica, pois o Constituinte não desejou excluir a união homoafetiva quando consagrou a união estável positivamente. A interpretação de tal norma diante dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, tais como a igualdade, a liberdade, vedação de discriminação odiosa e a segurança jurídica, dentre outros, não pode ser excludente. Todos são livres para exercer suas escolhas. A Constituição não permite discriminações, não se podendo admitir que aquelas pessoas que constituem uma união homoafetiva fiquem desiguais em sua cidadania.

O descompasso entre o mundo dos fatos e o universo jurídico é evidente. De acordo com o voto do ministro Ricardo Lewandowski, o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais em nível nacional e global. Sendo assim, estar-se-á diante de uma lacuna jurídica que está apta a ser solucionada pelo Poder Judiciário, de acordo com os costumes (autoridade e tradição) e pela doutrina e jurisprudência consagradas à respeito do tema e em uma livre investigação científica. Não cabe apenas a interpretação lógica e gramatical, pois esta questão de ordem pública prima pelos interesses de uma minoria que necessita que o ordenamento jurídico outorgue a ela o mesmo reconhecimento que oferece às relações heteroafetivas, promovendo assim a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos, ou seja, o justo equilíbrio na normatização dos interesses sociais.

⁷ Configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Ademais, diante dessa lacuna legal entende-se constitucional a posição adotada pela Corte Suprema ao garantir a proteção da união homoafetiva, em respeito aos Direitos Fundamentais e o direito das minorias. Estas possuem o direito à legitimidade ético-jurídica do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e enquanto a lei não tratar do tema os juízes não podem olvidar para essa realidade de acordo com o voto do ministro Celso de Mello.

5 CONCLUSÃO

Neste artigo defendeu-se a utilização da Escola da Livre Investigação Científica como a mais adequada em garantir os fins suscitados pelo caso em tela (reconhecimento das uniões homoafetivas), pois entende-se que a solução do caso concreto não depende só da letra fria da lei, mas também da ponderação dos fatos sociais concretos, para que produza os resultados perseguidos pelo legislador. Diante disso, contrapõe-se ao Exegetismo, uma vez que esta escola prega a atuação restrita do Poder Judiciário ao texto da Lei. Por fim, entendendo que na interpretação do direito não deve haver posições extremistas, também faz-se a contraposição à Escola do Livre Direito, pois acredita-se ser esta uma escola por vezes muito radical em defender que o Poder Judiciário tem compromisso apenas com a justiça e que o juiz age conforme sua exclusiva convicção, deixando a ordem jurídica interna em segundo plano, maculando seriamente a segurança jurídica.

Tendo em vista que a união homoafetiva já é um fato da vida, uma realidade social, concorda-se com a decisão do STF em julgar procedente o reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo. Reconhece-se a existência de uma lacuna legal no art. 1723, CC, porque ela proporciona a certas pessoas óbice ao exercício dos direitos de igualdade, liberdade, proteção, à segurança jurídica e discriminação. Logo, procura-se por outros meios surtir esta lacuna, isto é, buscando nos costumes e analogia, por exemplo, os meios de resolver o caso concreto. Através da análise de alguns votos dos ministros percebeu-se a opção pela analogia para colmatar esta lacuna e garantir a proteção da união homoafetiva. Diante disso, considera-se a Escola da Livre Investigação Científica a mais adequada para o intérprete, o juiz, se valer no momento da interpretação para fazer a lei acompanhar o mundo dos fatos da vida social. Outrossim, a justificativa para escolha dessa Escola e concordância com a decisão do STF se faz no sentido de entender que diante do silêncio da lei, o juiz não pode deixar de se pronunciar, devendo entregar-se a um trabalho científico, recorrendo a fontes supletivas com o objetivo de buscar outros meios para a resolução do caso concreto.

REFERÊNCIAS

CARMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma construção ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

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

BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*.

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

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3º. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2º. Ed. Brasil: Malheiros, 2003.

HERKENHOFF, João Baptista. *Á luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de Um Milénio*. 3ª. Ed. 2003.

LUISE, Luís. O centenário do Méthode d'interpretation etsources em droit prive positif. In: *Revista Direito e democracia/Universidade Luterana do Brasil – Ciências Jurídicas*. Canoas: Ed. Ulbra, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro:Forense, 2002.

ROCHA, Sérgio André. Evolução *história da teoria hermenêutica*: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 21 maio 2012.