

A AUTONOMIA DA VONTADE DO JUIZ E O TRATAMENTO PECULIAR DAS LACUNAS PELA ESCOLA DA LIVRE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA: UMA ANÁLISE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA.

Rayssa Rios¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A autonomia do juiz diante da existência de lacunas na lei; 3. O apego à lei diante da insuficiência de normas: uma crítica ao exegetismo; 4. Uma análise da ADI 4277 sobre a perspectiva da livre investigação científica; 5. Conclusão; 6. Referências

PALAVRAS-CHAVES

Autonomia. Livre Investigação Científica. Exegetismo.

1 INTRODUÇÃO

A Hermenêutica Jurídica na modernidade constitui-se como um conjunto de técnicas que tem por objetivo auxiliar o intérprete a chegar a uma verdade por meio da produção de conhecimento científico. Nesse período, várias escolas surgiram como forma de interpretar o Direito, no entanto elas se portavam de maneira conflituosa em relação ao objeto e ao método delimitados. Nessa seara, as escolas mais formais se restringiam ao que estava positivado, não podendo o cientista ir além do que estava na lei. Para as escolas menos formais, no entanto, esse objeto ampliava-se, já que se levou em consideração não só o que estava positivado, mas os fatos sociais, valores e interesses vigentes em toda a sociedade. Diante dessas posições antagônicas, cada escola passou a defender a definição do objeto próprio de estudo da ciência que queria construir: a Ciência do Direito.

O presente trabalho irá ater-se à escola moderna que levou o nome de Livre Investigação Científica, que apregoava que diante da insuficiência da lei, a busca de soluções para os fatos sociais, deve se dá através de uma livre investigação científica, lançando mão de critérios objetivos oferecidos pela ciência do direito. Por ser uma escola contrária ao movimento Exegético, este será tratado de forma breve, como forma de diferenciá-lo da escola aqui tratada e também de criticá-lo em relação a alguns posicionamentos adotados.

¹ Aluna do 4º período do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

A explanação irá tomar como base o caso do reconhecimento da união homoafetiva, que é um fato social no qual se verifica essa incapacidade de regulamentação da lei positiva. Essa escola, portanto, abre espaço para que os juízes, diante de situações como essa, escapem do fetichismo da lei, buscando assim elementos extra-legais, adequando o significado das normas às necessidades sociais. Em casos como esse, é possível perceber que a ausência de leis não quer dizer a falta de direito e que as lacunas podem ser solucionadas com o avanço da justiça através de novos paradigmas, demonstrando que para isso não há necessidade do apego excessivo às palavras da lei, como pregava a Escola da Exegese.

Tomando isso como base e sabendo da inexistência de leis que regule o caso do reconhecimento da união homoafetiva, percebe-se a necessidade de se recorrer a fontes supletivas do direito, levando em consideração a dialética entre imobilismo dos códigos e dinâmica social. Possuindo como base a ADI 4277, que teve como discussão central a questão da união estável entre pessoas do mesmo sexo, mostra-se a necessidade de debater de forma ampla e irrestrita o assunto. Esse julgado foi importante para compreender que nem todos os fatos sociais são tutelados pelo legislador, mostrando, portanto, que alguns bens jurídicos não recebem o devido amparo constitucional. Diante dessa omissão legislativa, mostra-se necessário suprir essa falha, através de uma operação que complemente esse problema, mostrando que apesar da lei ser a fonte mais importante do direito, ela não é a única, podendo o intérprete se valer de fontes subsidiárias através de uma investigação científica.

Assim, debater sobre o tema de forma aberta é o principal escopo desse trabalho, tendo em vista contribuir, em toda a sociedade, para uma possível conscientização social e jurídica, levando em consideração que, por vezes, o que importa não é o apego excessivo à lei, mas sim a adequação delas de acordo com a dinâmica social, o que requer uma atividade criativa do intérprete e não simplesmente dedutiva.

2 A AUTONOMIA DO JUIZ DIANTE DA EXISTÊNCIA DE LACUNAS NA LEI

O movimento da Livre Investigação Científica surgiu na França no século XX e teve como um dos primeiros fundadores François Geny com sua obra clássica *Método de Interpretação e fontes em direito privado*. Esse autor criou sua teoria através de um exame empírico dos trabalhos de juízes que se deparavam com situações de lacunas na lei. Para o francês, diante de casos de evidente incapacidade legal para solver problemas suscitados pela realidade social, o cientista deveria se valer de uma investigação científica dos fatos concretos, sempre em busca de atingir a vontade do legislador. Portanto, a reação dessa escola foi primordial para romper com as idéias clássicas, que tinham suas bases fincadas no

fetichismo da lei e na crença de que a existência das codificações resolveria todos os problemas jurídicos.

Para esse pensamento moderno há situações nas quais a subsunção do fato à lei não é bastante para a resolução de conflitos. Nesses casos, o juiz deve utilizar sua autonomia interpretando os fatos sociais através dos métodos fornecidos pela livre investigação científica para obtenção da regra capaz de resolver determinada questão, tendo em vista a objetividade das decisões. Esse exame científico diante da omissão da norma jurídica existente seria, então, adequado para fornecer uma solução objetiva e legítima capaz de evitar qualquer arbítrio do jurista, pois seria derivada de valores e costumes arraigados na sociedade. Como afirma Geny: “pesquisa livre, uma vez que ela se encontra subtraída a ação própria de uma autoridade positiva; pesquisa científica, ao mesmo tempo, porque ela não pode encontrar suas bases sólidas senão nos elementos objetivos, que somente ciência pode revelar”. (GENY, p.78).

Para esse movimento, o aplicador do direito estaria, então, autorizado, diante da insuficiência da lei, a encontrar solução para determinado conflito fora do sistema jurídico, através de fontes supletivas do direito, como o costume, doutrina, jurisprudência e uma livre investigação científica. No entanto, o trabalho do juiz, não poderia recair em um subjetivismo exagerado a ponto de poder aplicar de forma livre seus ideais de justiça social. Para esse pensamento científico a interpretação do texto normativo deveria ter sempre em vista a vontade do legislador, pois essa vontade continuaria sendo o objetivo principal para todo e qualquer entendimento da ciência jurídica. Assim, o aplicador do direito deveria se desligar de qualquer valor social que pudesse influenciar na formação da sua decisão como forma de evitar uma interpretação consubstanciada em um subjetivismo desmedido.

Nesse contexto, nota-se que Geny se opõe de forma veemente a Escola da Exegese, que se apoiava no apego irrestrito a palavra da lei para solução de casos concretos. Mas apesar de sua pesquisa possuir uma grande influência sociológica, nota-se que alguns pressupostos tradicionalistas ainda se faziam presentes, principalmente, a concepção de que a lei era a expressão da vontade do legislador. Para Geny, a lei continuava a ser a fonte precípua do direito, uma vez que quando a vontade do legislador fosse identificada de forma precisa, ou seja, quando a lei fosse clara ela deveria ser aplicada e respeitada pelo intérprete.

No entanto, nos casos em que o magistrado se deparasse com leis ambíguas, duvidosas e plurissignificativas, ou seja, quando tivesse verificado a falibilidade do legislador, não deveria se persistir na ideia que essa concepção legislativa era certa e precisa, como apregoavam os exegetas. Essa situação acarretaria um arbitrarismo sem precedentes, uma vez

que os juristas atribuíam à vontade do legislador a concepção mais conveniente a seus interesses pessoais. Como afirma François Geny:

De tal sorte que, sob pretexto de melhor respeitar a lei, pervetiar-se a sua essência. E é assim que, nos jurisconsultos que professam a mais escrupulosa veneração pelo texto legal, encontramos certas vezes idéias absolutamente pessoais, audaciosamente atribuída ao legislador. Creio que essa desnaturação da lei não passaria de um mal menor, caso ela fosse assumida e abertamente praticada. Porém, seu principal perigo é a hipocrisia que cobre. (GÉNY, p. 67)

Dessa maneira, Geny, em sua obra *Ciência e Técnica em direito privado positivo*, esclarece como iria se realizar a atividade de investigação científica do jurista afirmando que deveria ser feita em um duplo campo de ação, ou seja através da análise do dado e o do construído. O dado, para o francês, são os elementos que se encontram na realidade e tem existência objetiva. Como afirmar Maria Helena Diniz:

O dado é o conjunto da realidade sociais que se apresentam ao jurista, constituindo as realidade normativas da sociedade independentes da vontade do legislador, pois sua normatividade não decorre de normais legais, além disso representa o material com que lida o jurista na elaboração de seus conceitos. Os dados são realidades morais, econômicas, que impõem direções, principalmente morais aos fatos sociais. São realidades existentes em toda sociedade humana por serem norteadoras de comportamento humano” (DINIZ, Maria Helena, p.64, 2011).

Portanto, cabe ao jurista, a tarefa de trabalhar a matéria social dada tornando-a concreta e precisa diante da realidade, para assim construir as regras, que atendam aos reclamos da vida social, que a lei positiva não conseguiu atender. Como afirmar Maria Helena Diniz: “O construído é obra do jurista, do técnico do direito, do aplicador, para satisfazer necessidades práticas” (DINIZ, p. 65, 2011). É a partir, então, da técnica do construído que os dados produziram efeitos na realidade e passaram a ser satisfeito na sua concretude.

Assim, o magistrado, ao desempenhar sua função de interpretar a ciência jurídica, deve ter sempre em vista a análise dos dados da realidade, já que somente eles contribuem para construção de decisões justas e objetivas, desligadas da influência pessoal do intérprete e de seus valores morais.

3 O APEGO À LEI DIANTE DA INSUFICIÊNCIA DE NORMAS: UMA CRÍTICA AO EXEGETISMO

A Escola da Exegese, que nasceu após o Código de Napoleão, em 1804, teve sua teoria enraizada nos ideários iluministas, que muito contaminava o pensamento ocidental. Com o objetivo de garantir maior segurança jurídica, a classe burguesa criou uma expectativa

muito grande em um rígido sistema legal, que pudesse contemplar todas as ações humanas, o que faria com que ele fosse algo perfeito e único (LIMA, Iara). Com a Codificação, portanto, passou-se a crer que a tarefa do jurista era ater-se, exclusivamente, ao que preceituava o texto legal, sem alterá-lo ou modificá-lo, mas apenas entendê-lo, de forma a realizar uma mera “função mecânica de lógica dedutiva” (DINIZ, p.50-52, 2011). Essas características da Escola da Exegese faziam com que ela se aproximasse dos fundamentos jusnaturalistas, já que os exegetas acreditavam que as codificações eram algo imutável, por resultarem precipuamente da própria natureza das coisas e do ser humano, tal como os escolásticos consideravam o direito natural (DINIZ, p. 37, 2011). Assim, esse conjunto de leis estava a disposição dos interesses coletivos e individuais, como forma de garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Por ser um sistema restritivo e muito legalista, os defensores dessa escola acreditavam que o direito já estava feito, e desobedecer ao que estava na lei, ou procurar soluções fora dela seria desvirtuar o seu sentido e, por isso, qualquer norma que viesse para inovar deveria ser barrada. O direito aparecia como algo dotado de inflexibilidade, pois ele não poderia escapar do que estava escrito na lei, já que era ela a responsável por representar a mais autêntica vontade do legislador (DINIZ, p. 56, 2011). Essa análise puramente exegética dos textos legais levava os adeptos dessa teoria a acreditarem que a existência de lacunas era praticamente impossível, tendo em vista a plenitude das codificações.

Essa escola, no entanto, equivocou-se, primeiramente, ao imaginar que a função do intérprete seria de pura neutralidade. É errôneo pensar que o intérprete, diante de sua subjetividade, estaria isento de toda a pré-concepção que carrega com ele. Além disso, é de se considerar que diante da dinâmica social e do conseqüente reflexo que essa representa no universo jurídico, não há como ter um código cristalizado, imune a qualquer alteração. Essas críticas foram formuladas, em grande parte, por François Geny, que reagiu de forma marcante ao pensamento dos exegetistas, contribuindo para o declínio da escola. Para o autor francês, a busca incessante pela vontade do legislador seria algo desprovido de sentido, já que, por vezes, ela não estaria explicitamente contemplada nos textos legais, levando o magistrado a interpretá-los de forma rasa e arbitrária. É o que acontecia nos casos de lacunas, nos quais não era possível identificar de forma certa e precisa a sua vontade. (MAGALHÃES, 2010)

É de se notar ainda que essa escola utilizou de um silogismo científico para ser aplicado no Direito, esquecendo-se, no entanto, que a sociedade está em constante mutação, sendo irrealizável uma lei que seja absoluta. Esse método estritamente gramatical e literal é falho, pois deixa de considerar os fatores sociais envolvidos no processo. A principal

característica dessa escola, que é a imutabilidade, mostra que ela não consegue acompanhar e adaptar-se às novas mudanças sociais, o que faz com que escolas com esse tipo de posicionamento tenham um tempo de vigência limitado, já que “uma lei indeformável somente existe numa sociedade imóvel”. (SICHES apud DINIZ, 2011)

Diante desse apego à literalidade da lei, nota-se a falibilidade da escola, uma vez que os fatos sociais são dinâmicos, mostrando que o direito não pode permanecer estático. Por esse motivo, deve-se buscar um método mais coerente com tal situação e que tenha em vista uma conciliação entre “a tradição literal do texto, com as possibilidades sociais que seus feitos podem viabilizar” (MAGALHÃES, 2010), tal como pregava a Livre Investigação Científica.

4 UMA ANÁLISE DA ADI 4277 SOBRE A PERSPECTIVA DA LIVRE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA

Diante do que foi exposto a respeito das Escolas Modernas do Direito, se faz importante fazer uma análise da ADI 42277, que aborda o reconhecimento da união homoafetiva. O objeto dessa discussão baseou-se na possibilidade de equiparação da união de pessoas do mesmo sexo a entidade familiar, como dispõe o artigo 1723 do Código Civil. O voto dos ministros foi unânime no que tange ao reconhecimento dessas uniões, tendo em vista que a lacuna legal a respeito do tema permite uma interpretação baseada nos fatos suscitados pela realidade social.

Essa investigação científica feita pelo intérprete seria apta e capaz de fornecer uma solução legítima. Como afirma Geny, não apenas pela interpretação hermética da lei consegue-se chegar a resultados práticos para a resolução de problemas sociais, mas principalmente pelo manejo de fatores como o costume e a analogia (MAGALHÃES, 2010). Foi pensando nisso e reconhecendo que a existência de lacunas pode prejudicar grande parte dos indivíduos que almejam a tutela de seus interesses que os ministros e alguns representantes da sociedade posicionaram-se a favor do tema. Nesse sentido, expõe Maria Berenice Dias:

[...] a corte maior de justiça destes pais é chamada para colmatar uma omissão do nosso legislador. Sabiamente a Constituição Federal assegurou a esta Corte este encargo, de não deixar de reconhecer direitos pela simples omissão do legislador, que historicamente nesse país se omite na hora de aprovar qualquer lei que venha a assegurar direito a essa população alvo de tanto preconceito e discriminação. (DIAS, online)

Em sentido contrário a esse posicionamento e mostrando um pensamento enraizado no texto legal, o advogado da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil adotou uma visão extremamente restritiva. Segundo ele, o caso não é desprovido de disposição legal, já que o texto é claro e preciso quando preceitua que a entidade familiar constitui-se pela união entre homem e mulher. Esse pensamento exegético pode ser contemplado na sua sustentação oral:

A Constituição não é lacunosa. A falta da palavra "apenas" não pode significar que todo e qualquer tipo de união poderá ser contemplada. Quando a Constituição fala em homem e a mulher, não posso enxergar algo distinto de alguém do sexo masculino e alguém do sexo feminino. [...] Trata-se do que quis dizer o nosso legislador constituinte originário, e ele já disse tudo. [...] temos uma Carta que disciplina o tema, que estabelece, *numerus clausus*, quais são as hipóteses de família e de união estável. (CYSNEIROS, online)

Para Joaquim Barbosa, no entanto, essa falha do legislador é totalmente previsível, já que o universo jurídico não consegue acompanhar todas as transformações sociais. Assim, a Constituição, apesar de silente sobre o tema das uniões homoafetivas, admite que não pode abarcar, de maneira taxativa, todos os direitos, reconhecendo também aqueles que, por surgirem do progresso social, não se encontram expressamente no texto legal (BARBOSA, Joaquim, 2011). Esse pensamento, como se vê, aproxima-se das idéias de Geny, que acreditava em um equilíbrio da concretude dos fatos sociais diante da incapacidade da lei de abarcar todos os problemas sociais. (DINIZ, p. 63, 2011)

É de se notar, ainda, que a semelhança com a escola da Livre Investigação Científica se faz presente também em votos de outros ministros, tal como o de Ricardo Lewandowski. Para o ministro, diferentemente do pensamento dos liberais, hodiernamente é aceitável a atividade participativa do magistrado quando este se depara com lacunas na lei. Essa participação, no entanto, não pode culminar em um subjetivismo exagerado do interprete, já que este deve ter em vista sempre a vontade do legislador, atuando nos parâmetros dispostos pelo texto legal. Assim, valendo-se de uma “técnica de integração analógica”, como denominou o ministro, é perfeitamente possível o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, já que para esta união constitui-se como um gênero de entidade familiar. (LEWANDOWSKI, Ricardo, 2011)

Assim, diante do exposto, pode-se perceber que reconhecer a ausência legislativa não é admitir a falibilidade do legislador em determinadas situações, mas sim a consequência lógica da impossibilidade de existir leis que contemple todos os casos reais em uma sociedade que está em constante mutação. Nota-se, portanto, que adotar a Livre Investigação Científica na seara jurídica é uma forma subsidiária de colmatar lacunas, garantindo a tutela de direitos

não contemplados no texto normativo, já que segundo a ministra Nancy Andrigh “a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas”.

5 CONCLUSÃO

Após o exame das duas escolas acima elencadas, pode-se chegar a conclusão que diante de lacunas na lei é plenamente possível o intérprete encontrar soluções fora do ordenamento jurídico vigente. Isso configuraria uma forma de garantir a tutela plena dos direitos não contemplados pelo texto legal, tal como ocorreu na ADI 4277, e não um modo de fomentar o caminho para o arbitrarismo e a insegurança, como acreditava o Exegetismo. Assim, uma livre investigação científica dos fatos sociais e a consequente autonomia do juiz diante de casos em que a lei se mostre obscura seria importante para haver uma adequação entre o significado das normas às necessidades sociais e, por atender os anseios de justiça, não pode ser questionada.

REFERÊNCIAS

ADEMIR CAMPOS BORGES, José . **O processo do conhecimento humano e as correntes do pensamento jurídico**. Disponível em:

<http://direitoefil.dominiotemporario.com/doc/O_Processo_do_Conhecimento_Humano_e_as_Correntes_do_Pensamento_Juridico_por_Jose_Ademir_Campos_Borges_-_Sites_Visao_do_Ser_e_Direito_Nacional_-_publicado_em_28_de_maio_de_2011.pdf>.

Acesso em: 23.abr.2012

ARAÚJO COSTA, Alexandre. **Direito e Método Diálogos Entre a Hermenêutica Filosófica e a Hermenêutica Jurídica**. Disponível em<

http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/1512/1/2008_AlexandreAraujoCosta.pdf >.

Acesso em:23.abr.2012

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. **Teoria crítica do Direito e o acesso à Justiça como novo método de pensamento**. Disponível em:

<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/460/Teoria%20cr%C3%ADtica%20direito%20acesso%20justi%C3%A7a_Almeida.pdf?sequence=3>. Acesso em:

23.abr.2012.

BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro. **Breves reflexões acerca dos limites à livre interpretação do Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1068, 2006. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/8475>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

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

DIAS BERENICE, MARIA. **As uniões homoafetivas frente a Constituição Federal**.

Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/as_uni%F5es_homoafetivas_frente_a_constitui%E7%E3o_federal_-_i.pdf>. Acesso em: 12 março 2012.

DIAS BERENICE, MARIA. **Direito homoafetivo na justiça**. Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/49_-_direito_homoafetivo_na_justica.pdf>.

Acesso em: 12 março 2012.

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.

LIMA, Iara. **Escola da Exegese**. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/097105122.pdf>>. Acesso em: 24 abr 2012

LUISI, Luís. O centenário do Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. **Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA**, vol. 2 - número 1 - 1º semestre de 2001, p. 7-13

MAGALHÃES, Vinícius de Mattos. O construtivismo de françois geny e a metódica estruturante de friedrich muller: há um paralelismo possível entre a escola da livre investigação científica e a teoria estruturante do direito?. **THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, 2010, p 15-20. Disponível em: <<http://www.revistaestudantesdireitofc.com/2010/11/vol-9-pdf-magalhaes.html>>. Acesso em: 23 abr 2012

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GANTOIS, Gustavo. Advogado da CNBB vai contra união civil entre gays e diz que “homossexuais não formam uma classe”
Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/advogado-da-cnbb-vai-contr-uniao-civil-entre-gays-e-diz-que-homossexuais-nao-formam-uma-classe-20110504.html>>. Acesso em: 22 abr 2012.