

Jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores: características, diferenças, críticas e contributos à teoria dos direitos fundamentais

Ileide Sampaio de Sousa

RESUMO

O Estudo das escolas jurídicas da Jurisprudência dos Conceitos e dos Valores levará aos contributos e crises para a Hermenêutica dos Direitos Fundamentais que ora pleiteiam o agir do judiciário controlado rigidamente pelas normas produzidas pelo Legislativo, ora requerem que a valoração judicial possa ter um espaço livre para sua valoração ao caso concreto. A análise destas escolas ajuda ainda na verificação de qual método de interpretação jurídica tem sido utilizado pela jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Jurisprudência dos Interesses. Jurisprudência dos Conceitos. Hermenêutica Constitucional.

Court jurisprudence of interests and values: Characteristics, differences, criticisms and contributions to the theory of fundamental rights

ABSTRACT

The Study of the legal schools of Jurisprudence of Concepts and the Securities and crises will lead to contributions to the Hermeneutics of Fundamental Rights now plead that the act's legal standards produced by the tightly controlled by the Legislature, now require that the valuation court may have a space for your opinion in this case. The analysis of these schools help to verify which method of legal interpretation has been used by Brazilian law.

Keywords: Fundamental Rights Jurisprudence of Interests; Jurisprudence of Concepts; Constitutional Hermeneutics.

1 INTRODUÇÃO

Da ditadura dos juízes e seus amplíssimos poderes de verificação e aplicabilidade da norma até a maneira hígida de prever e tentar trancafiar os sentidos das palavras para o Juiz, a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Conceitos passam a defender pontos intermediários como solução para as tensões entre o poder legislativo e o judiciário.

Ileide Sampaio de Sousa é Advogada (OAB/CE Nº 22.283), Pós-graduada em Direito Processual; Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Bolsista da CAPES.

Direito e Democracia	Canoas	v.11	n.2	p.189-197	jul./dez. 2010
----------------------	--------	------	-----	-----------	----------------

Perceber na história do texto os limites para a interpretação judicial é o parâmetro proposto pela Jurisprudência dos Interesses. Já a Jurisprudência dos Conceitos assevera uma normatividade valorativa que escapa aos poderes das palavras, ou seja, do Legislativo.

Para a emergência de ver atingido o plano eficaz das normas de Direito Fundamental, a doutrina e o Judiciário brasileiros vêm posicionando-se por uma percepção extremamente influenciada pela doutrina moderna alemã, que leva a norma a um plano secundário em nome da justiça do caso concreto. Esta postura variará em planos de Justiça e arbitrariedade. São os riscos da vida do direito tentando ser aprisionada e livre.

2 PHILIP HECK E A FORMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES: PROBLEMAS COM OS LIMITES PARA DEFINIÇÃO DOS INTERESSES

Esta escola foi formulada através da luta pela restrição da vontade judicial e pelo regresso ao espírito da lei e da vontade do legislador: “[...] os defensores originários da jurisprudência dos interesses manterem rigidamente a subordinação do juiz ao intérprete em geral à lei, [...]”.¹

Contraponto da Escola Sociológica e da Jurisprudência dos Conceitos teve maior divulgação na Alemanha. “A sua idéia central é a seguinte: a lei serve para resolver conflitos de interesses e, ao analisá-la, há que procurar, sobretudo, que interesses o legislador teve em conta e que critérios estabelece para resolver os conflitos entre eles”.² Para tanto Heck afirmava que a interpretação judicial estava atrelada ao próprio conceito de valoração da vida e seus interesses: “[...] a satisfação das apetências e das tendências apetitivas, quer materiais quer ideais, presentes na comunidade jurídica”.³

A causa defendida como pressuposto necessário que deveria nortear e fundamentar uma decisão judicial deveria ser o motivo histórico e social que motivou o Legislador a produzir o ato legislativo.

O bem comum, segundo esta Escola, foi definido pelo Legislador, e por este motivo deve ser seguido como roteiro de atuação pelo juiz: “*El juez debe guiarse más que por las palabras del legislador por las estimaciones que inspiraron a éste*”.⁴

Diante de uma norma Heck defendia a existência de um “microscópico jurídico”⁵, o qual faria com que o intérprete entendesse corretamente as normas jurídicas: “*Es*

¹ Ibid., p.188.

² LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Livraria Almedina, 1978. 267p. Título original: *Introducción al derecho*. p.187.

³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 727p. Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. p.64.

⁴ SISCHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1998. p.58. “O juiz deve se guiar apenas pelas palavras do legislador, pela estima que o inspirou”. Tradução livre do autor.

⁵ Ibid., p.60.

necesario analizar cuál sea el conflicto de intereses que ella trata de zanjar, y el modo determinado como lo zanja".⁶

A Jurisprudência dos Interesses nega não apenas a função silogística e lógica do juiz como o método de interpretação do direito mediante conceitos, afirma que: "[...] *La directriz hoy en día debe ser La adecuación de los resultados a las necesidades prácticas de la vida*".⁷

Os requisitos que a Jurisprudência dos Interesses impõe ao juiz são: 1. Obediência às regras do Direito Positivo. Adequando os interesses em lide. Contudo, a sua valoração deve observância à valoração já feita pelo Legislador: "*Ahora bien, la valoración de los intereses llevada a cabo por el legislador debe prevalecer sobre la valoración individual que el juez pudiera hacer según su personal criterio*".⁸ 2. Ante a inexistência de norma a ser aplicada no caso concreto, ou quando existirem, mas forem contraditórias, o Juiz deve iniciar uma busca pelo para subsumir do ordenamento, uma solução ao caso concreto que se alinhe com o que o Legislador já tenha definido: "*en suma, el juez debe proteger la totalidad de los intereses que el legislador ha considerado dignos de protección, y em grado y jerarquía em que este há estimado que deben ser protegidos*".⁹ Num processo de "analogia pela literalidade da lei"¹⁰.

Para Heck a atividade do juiz não é meramente cognoscitiva, mas também criadora. Contudo, sua capacidade de criar normas em casos de vácuos jurídicos deve ser efetuada em auxílio ao legislador devendo conformidade a todo o sistema. Numa valoração pelos interesses estabelecidos no ordenamento jurídico proposto.

Com a Jurisprudência dos Interesses há uma permanência e distanciamento do positivismo clássico, não quanto ao silogismo na aplicação da lei, mas na prevalência dos textos ante aos valores ou conceitos subjetivos. A pequena fissura no modelo hígido do positivismo na Jurisprudência dos Interesses se dá na exata medida em que não foi precisamente delimitado como seria percorrido o caminho de retorno aos interesses do legislador à época de elaboração da lei. Abertura esta que levaria ao mesmo subjetivismo criticado. Outro ponto em que Heck e a Jurisprudência dos Interesses se distanciam do positivismo é no combate à tese da autossuficiência do ordenamento jurídico. Para Heck, as lacunas sempre existirão e devem ser lidas de acordo com os interesses propostos pelo Legislador.

Contudo, a criação de normas é sinônimo de uma delimitação de interesses efetuada com primazia pelo legislativo. Os valores teriam uma linha de aproximação com o Direito até o momento de criação legislativa e não após a interpretação judicial. Esta tese de criação

⁶ SISCHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1998. p.60. "É necessário analisar o que é o conflito de interesse que ela tenta resolver, e o modo como será determinada". Tradução livre do autor.

⁷ *Ibid.*, p.61,62.

⁸ *Ibid.*, p.62. "No entanto, a avaliação dos interesses realizada pelo legislador deve prevalecer sobre a avaliação individual que o juiz pode fazer de acordo com seu critério pessoal". Tradução livre do autor.

⁹ *Ibid.*, p.62. "Em suma, o juiz deve proteger todos os interesses que o legislador tenha considerado dignos de tutela e hierarquia in classe que foi estimado para ser protegido". Tradução livre do autor.

¹⁰ *Ibid.*, p.62.

de interesses jurídicos mediante normas é chamada de “teoria genética dos interesses”,¹¹ defendida tanto por Heck quanto por Stoll. Este último afirma que: “[...] as representações de apetências do legislador decidem do conteúdo das normas jurídicas”.¹²

A crítica de Karl Larenz a esta escola reside na falta de determinação quanto ao delineamento dos critérios para o estabelecimento dos interesses que nortearão o aplicador da norma:

Desta maneira, o ‘interesse’ é tanto objecto como critério de valoração, como ainda ‘factor causal’ – o que constitui uma falta de clareza não só do ponto de vista terminológico, mas também uma seqüela da ‘teoria genética dos interesses’, que constantemente se sente como elemento perturbador nas explanações de carácter metodológico.¹³

3 JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES, RELATIVISMO NORMATIVO E ABSOLUTISMO AXIOLÓGICO

A Jurisprudência dos Valores também é chamada de *Wertjurisprudenz* na doutrina alemã. Não teve difusão internacional, iniciou no século XX e tinha como técnica operativa “[...] *La misma que la de la jurisprudencia de los conceptos: son construcciones de alto grado de abstracción, mayor que el de la jurisprudencia de los conceptos por la sencilla razón de que han de aplicarse a la totalidad del ordenamiento*”.¹⁴

A origem desta escola de pensamento jurídico é oriunda nos Tribunais, tanto o alemão quanto o americano. No direito norte-americano teve início com a doutrina dos *preferred freedom*, uma doutrina que distinguiu os Direitos Fundamentais em duas classes: “[...] (*supervaloración de los derechos personales, versus patrimoniales*) *abrió la brecha al resto da la jurisprudencia dos valores*”.¹⁵

No Direito alemão a técnica da Jurisprudência dos Valores é utilizada como técnica de estabelecimento de um catálogo objetivo de valores fundamentais superprotegidos, na chamada “*Allgemeine Grundrechtslehre*”.¹⁶

Já nos EUA o estabelecimento deste catálogo de Direitos Fundamentais fez-se com uma dicotomia entre Direitos Fundamentais Patrimoniais e Direitos Fundamentais

¹¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 727p. Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. p.72.

¹² *Ibid.* p.72.

¹³ *Ibid.* p.69.

¹⁴ GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p.278. “[...] O mesmo como no caso dos conceitos são construções de alto nível de abstração mais elevado do que a jurisprudência dos conceitos, pela simples razão de que eles têm que se aplicar a todo o sistema”. Tradução livre do autor.

¹⁵ *Ibid.*, p.279. “[...] (Superestimação dos direitos da personalidade *versus* a propriedade), abriu a diferença para os outros dois valores dá a jurisprudência...”. Tradução livre do autor.

¹⁶ *Ibid.*, p.280.

Pessoais, a doutrina “*preferred freedoms*”.¹⁷ Essa dicotomia valorativa não era pacificamente aceita nos EUA; o magistrado Marshall discordava dessa dualidade e propunha uma interpretação sistêmica dos valores constitucionais: “[...] *aunque no se les califique expresamente de fundamentales*”.¹⁸

Há vários problemas decorrentes desta escola de pensamento jurídico. O primeiro está na falta de uniformidade e precisão na determinação dos valores fundamentais. Outro está na forma de categorização de valores fundamentais pelo Tribunal e na indeterminação e no relativismo normativo que geraria: “[...] *en dos puntos primordiales: la indeterminación y el subjetivismo que, en último término, llevan a la grave acusación, núcleo central de las tesis de E. Denninger, de que el BVfG olvida las diferencias entre la función de legitimación y la de enjuiciamiento*”.¹⁹ Nesse sentido, o Tribunal corresponderia a tarefa de legislador direto dos valores tidos como essenciais à comunidade, o que levaria a um âmbito de decisão irrefreável.

Habermas criticou duramente a Jurisprudência de Valores já com lastro na experiência malograda do Tribunal Constitucional alemão. Afirmando que a atribuição livre de valores pelo juiz lhe concedia um poder acima da racionalidade jurídica: “Tal jurisprudência dos valores levanta realmente o problema da legitimidade, [...]. pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente”.²⁰

Álvaro Ricardo de Souza Cruz critica o poderio conferido ao Judiciário pelo acúmulo de poder decisório ilegítimo:

No momento que o normativismo jurídico e a ‘Jurisprudência de Valores’ defendem tal transformação, a Corte Constitucional torna-se um poder absoluto, um poder ilimitado, que se permite ‘brincar’ com a ‘supremacia da Constituição’ abandonando a linguagem em favor de um poder desmedido. A ‘Jurisprudência dos Valores’ é um engodo do poder burocrático, que coloniza o mundo devia, atraindo a seu favor, tal qual faziam as sereias com os marinheiros desprevenidos, as Cortes Constitucionais.²¹

Estas críticas não são apenas fatos históricos de discussões sobre a Hermenêutica Constitucional; elas estão no ápice da problemática da atuação judicial frente a normas de conteúdo valorativo tão amplo e subjetivo como os Direitos Fundamentais.

¹⁷ GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p.280.

¹⁸ *Ibid.* p.283. “[...] Embora não sejam expressamente designados chave...”. Tradução livre do autor.

¹⁹ *Ibid.* p.315. “... em dois pontos primordiais: a incerteza e do subjetivismo que levar a sério a acusação, o núcleo da tese do E. Denninger, que o BVfG esquecer as diferenças entre o papel de legitimação e enjuiciamento”.

²⁰ HABERMAS apud SOUZA CRUZ, Alvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.239.

²¹ SOUZA CRUZ, Alvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.263.

4 O CONTRIBUTO E AS CRISES HERDADAS PELAS ESCOLAS DA JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES E DOS VALORES À TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão central que alinha os temas Jurisprudência dos Interesses e dos Valores com os Direitos Humanos está na Hermenêutica Constitucional diferenciada aplicada não só às normas constitucionais, mas, principalmente, aos Direitos Fundamentais.

Os Direitos Fundamentais possuem uma característica aproximada dos valores morais: são fenômenos culturais, são realidades experimentadas pelo espírito humano, mas com uma diferença: a cogência jurídica.

Sendo normas cheias de penhor valorativo, sua interpretação, necessariamente, levará a um esforço mais acentuado. Nesse sentido, pensar em Hermenêutica e aplicação dos Direitos Fundamentais: “[...] a interpretação jurídica não é o pensamento de algo já pensado anteriormente, mas o pensar completo, até seu extremo”.²²

A maneira de visualização do âmbito de liberdade do Juiz na aplicação da lei *lato sensu* traduzirá o tamanho da elasticidade que se conferirá à norma. Se considerarmos que o Juiz deve limitar-se aos traços do Legislador e que em sua fundamentação deve remeter-se aos interesses em jogo não só na lide, mas também no tempo de elaboração da norma, estaremos diante de uma visão da Jurisprudência dos Interesses. Seguindo esta visão, o Juiz estaria constringido ao quadro legal: “*La ‘apertura’ de los textos de derecho, aunque suficiente para permitir que el derecho permanezca al servicio de la realidad no es absoluta*”²³ Mas já é pacífica a tese de que a vontade do legislador é absolutamente ficta e inalcançável:

A interpretação jurídica, entretanto, dirige-se ao sentido objetivamente válido do preceito jurídico. Não se propõe a fixação do sentido intencionado pelo autor de uma lei, e não pode fazê-lo, [...] os legisladores não são autores da lei; a vontade do legislador não é a vontade coletiva dos participantes do processo legislativo, mas, ao contrário, a vontade do Estado.²⁴

Ocorre que as grandes influências para a doutrina brasileira ainda são o pensamento e decisões da Alemanha, na qual predomina uma hermenêutica de concretização dos Direitos Fundamentais muito assemelhada à Jurisprudência dos Valores.

²² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 302p. Título original: *Rechtsphilosophie*. p.164.

²³ GRAU, Eros Roberto. *Interpretación y aplicación del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007, p.198. “‘abertura’ dos textos da lei, mas o suficiente para permitir a permanência direito a serviço da realidade não é absoluta”. Tradução livre do autor. Ouvir Ler foneticamente

²⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.302. Título original: *Rechtsphilosophie*. p.163.

Uma herança da Jurisprudência dos Valores existente ainda hoje no Brasil é a formação de uma decisão com efeito vinculante atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

[...] a ‘Jurisprudência dos Valores’[...] no afã de fazer com que o Judiciário Ordinário fique subordinado às decisões das Cortes Constitucionais, sustenta que o efeito vinculante estende-se aos fundamentos determinantes da decisão (*tregende gründe*).[...] O efeito vinculante, tal como admitido pela “Jurisprudência dos Valores”, concede às decisões de controle abstrato de inconstitucionalidade força de lei, ou seja, transforma-as em discursos normativos de fundamentação [...].²⁵

Há doutrina que pontua tanto pelo maior âmbito de liberdade do Judiciário que chega a afirmar que não há limites para jurisdição constitucional, e mais, que o Tribunal Constitucional ou a Corte situa-se acima e para além do modelo de separação das funções do poder:

No âmbito da jurisdição constitucional, por exemplo, o exercício dessa criatividade, a rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas de fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve quase que exclusivamente em torno de enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos, como o são as normas que integram a parte *dogmática* da constituição.²⁶

É impossível não perceber duas realidades: as normas axiológicas, após constitucionalizadas, recebem um nível de delimitação que não as aprisiona, apenas as indica, num rol enumerativo; contudo, a força dos princípios implícitos e da elasticidade das normas explicitadas no texto constitucional, necessariamente, conferem uma liberdade perigosa ao Judiciário que a Escola da Jurisprudência dos Interesses também não poderia conter, mas que a Escola da Jurisprudência dos Valores tem dado tanto impulso que se teme aonde esse modelo de valoração e criação de direitos pelo Judiciário possa chegar:

Ao abraçarem a ‘Jurisprudência dos Valores’, seus ministros estarão destruindo qualquer esperança de integridade/legitimidade de suas decisões. É preciso

²⁵ SOUZA CRUZ, Alvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.257-239.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.58.

lembrar que o efeito vinculante de uma decisão só é legítimo quando feito pela persuasão do melhor e mais adequado argumento!²⁷

A ‘Jurisprudência dos Valores’ torna-se fator de desmobilização da sociedade e, por conseguinte, uma ameaça real à democracia participativa, pois torna o Direito uma instância dócil aos interesses do poder econômico que se manifesta através da burocracia governamental.²⁸

E este é o dilema não resolvido da Hermenêutica Constitucional: garantir normas com aspecto subjetivo e tentar diminuir o decisionismo judicial. A aporia aparentemente invencível da escolha entre a Justiça e a Segurança Jurídica parece nunca dissolver-se.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contributo das Escolas de Jurisprudência tanto dos Interesses quanto dos Valores segue dois sentidos: 1. A importância do retorno ao ordenamento jurídico, para evitar crises democráticas quanto ao acúmulo de poder ao Judiciário; 2. A abertura necessária dos valores impregnados nas normas de Direito Fundamental e o importante papel da Hermenêutica Constitucional para materialização dos direitos previstos expressa ou tacitamente.

O problema é, e sempre será, a possibilidade dos desvios na interpretação das palavras, seu encanto e relação com o intérprete: “A palavra é leque! Por entre as suas varetas espreita um belo par de olhos [...]”.²⁹ Cuidado e lucidez devem guiar o caminho de desvendamento, criação e aplicação do direito pelo juiz, antes que este se perca entre “olhares confusos” aos textos legais.

REFERÊNCIAS

- GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- GRAU, Eros Roberto. *Interpretación y aplicación del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 727p. Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*.
- LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Livraria Almedina, 1978. 267p. Título original: *Introducción al derecho*.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo

²⁷ SOUZA CRUZ, Alvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.450.

²⁸ *Ibid.*, p.264.

²⁹ Goethe apud RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 302p. Título original: *Rechtsphilosophie*. p.167.

Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 302p. Título original: *Rechtsphilosophie*.

SISCHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1998.

SOUZA CRUZ, Alvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.