

DISTINÇÕES HERMENÊUTICAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: O INTÉRPRETE NA DOCTRINA DE PIETRO PERLINGIERI

HERMENEUTIC DISTINCTIONS OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW: THE INTERPRETER IN THE DOCTRINE OF PIETRO PERLINGIERI

*Carlos Nelson Konder**

RESUMO: o artigo visa a analisar a metodologia da constitucionalização do direito civil de Pietro Perlingieri, por vezes referida como “direito civil-constitucional”, por meio da confrontação deste método com os demais, estabelecendo comparações, distinções, divergências, semelhanças e, por vezes, oportunidades de diálogo. Utilizou-se, para tanto, a resposta dos métodos para duas grandes questões interligadas acerca da interpretação do direito: deontologia x teleologia e liberdade x restrição à atuação do intérprete.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização. Direito civil. Hermenêutica. Interpretação. Metodologia.

ABSTRACT: This paper aims to examine the methodology of constitutionalization of the civil law by Pietro Perlingieri, sometimes referred to as “civil-constitutional law”, through the comparison of this method with others, thus establishing relations, distinctions, similarities, and sometimes opportunities for dialogue. For this purpose, was used the methods’ response technique regarding two questions about interpretation of law: deontology x teleology and restriction x freedom of interpretation.

KEYWORDS: Civil Law. Constitutionalization. Hermeneutics. Interpretation. Methodology.

INTRODUÇÃO

Ao menos no âmbito das ciências sociais, mesmo as reflexões sobre questões metodológicas são contingentes ao contexto histórico-social no qual se originam. O procedimento de interpretação e aplicação do direito civil não é exceção. Não obstante os esforços no sentido de buscar uma técnica pura, uma forma neutra, um método correto e verdadeiro de realizar a interpretação, há que se reconhecer que as diferentes teorias interpretativas são produtos de anseios relativos a determinados locais e a certas épocas.

Isso diz respeito ao impacto não somente das transformações fáticas da realidade à qual o direito se vincula – como, por exemplo, o aumento de complexidade da estrutura do

* Doutor e mestre em Direito Civil pela Uerj. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor Adjunto de Direito Civil da Uerj e da PUC-Rio. *E-mail:* c.konder@gmail.com

ordenamento em decorrência das transformações operadas no tocante às fontes do direito –, mas principalmente da modificação dos valores sociais sobre os quais o direito se constrói. A historicidade e a relatividade da teoria da interpretação decorrem especialmente do fato de esta vincular-se a uma multiplicidade de fatores sobre os quais frequentemente não se reflete (PERLINGIERI, 2001, p. 478).

A nítida e estreita ligação entre a teoria da interpretação e a própria ciência do direito faz com que as mudanças na concepção do que seja o direito impliquem igualmente modificações na forma de interpretá-lo (RIZZO, 1985, p. 11). Mais precisamente, são reflexos do que se pretende que seja o direito e como deve ser a forma de aplicá-lo, a culminar no reconhecimento de que a opção metodológica é também, em algum nível, uma opção ideológica (STRECK, 2009, p. 19). Neste sentido, o que é imperioso é explicitar o método adotado, também por meio da contraposição com os demais métodos, pois, como explica Pietro Perlingieri (2008, p. 88), “o que essencialmente se exige do jurista é a coerência com o método adotado. O confronto depois, sobre qual seja o método mais adequado para abordar o assunto, é um discurso aberto sobre o qual ninguém possui, em um certo sentido, a verdade”. E sintetiza o autor: “a reflexão sobre o método não é tanto reflexão sobre a escolha, quanto sobre a consciência da escolha e dos resultados que a sua concretização comporta. É nesse sentido que a ciência e a metodologia se envolvem reciprocamente” (PERLINGIERI, 2008, p. 124).

A doutrina do direito civil contemporâneo vive um momento de profunda transformação, que é, como não pode deixar de ser, uma ocasião de crise e de oportunidade. O processo de libertação e superação de certos rigores metodológicos tradicionais a essa área da ciência do direito pode dar vazão a novos métodos, oxigenados pelas paradigmáticas mudanças da ciência, ou pode resvalar para a ausência de qualquer método, que sob a falácia da liberdade e da informalidade representa apenas a tirania e o arbítrio do intérprete.

Nesse contexto, difundiu-se no Brasil a metodologia da constitucionalização do direito civil, por vezes referida como “direito civil-constitucional”. O método fundado no pensamento de Pietro Perlingieri teve aqui grande receptividade, por encontrar também um contexto constitucional de redemocratização e civilistas ansiosos por transformar o arcaico direito civil clássico em um instrumento de emancipação das pessoas e de transformação social, rumo a uma comunidade mais justa e solidária.

No entanto, a invocação descuidada desse método, sem a adequada indicação de suas premissas, vem causando receio e inquietude. Por vezes, doutrina e jurisprudência trilham caminhos alegadamente guiados pelo “direito civil-constitucional”, mas fazem tudo menos

aplicar efetivamente o método da constitucionalização do direito civil. Não são poucos os trabalhos que têm exposto, de forma clara, didática e sistemática, as premissas metodológicas que o caracterizam.¹ Por conta disso, a opção neste estudo foi traçar outro percurso para enfatizar a necessidade de cuidado com o método. A abordagem será no sentido de confrontar esse método com os demais, estabelecendo comparações, distinções, divergências, semelhanças e, por vezes, oportunidades de diálogo.

Para isso, podemos sistematizar as escolas, apenas para fim didático, sob a afirmativa de que cada metodologia produz distintas respostas para duas grandes questões – bastante interligadas – acerca da interpretação do direito.

A primeira é referente ao foco da interpretação: de um lado posições que vinculam o intérprete à construção teórica, à coerência científica, à pureza da doutrina; de outro lado, o intérprete voltado para o impacto social da decisão, sua atuação na realidade concreta, as repercussões sobre o contexto fático. Uma perspectiva mais deontológica da atividade interpretativa em oposição a uma perspectiva mais teleológica.

A segunda é referente à fidelidade da interpretação ao texto: de um lado, posições que restringem mais a atuação do intérprete, mantendo-o mais amarrado à letra da lei; de outro lado, posições que lhe garantem maior liberdade e autonomia na adaptação do enunciado normativo para sua aplicação ao lado concreto. A interpretação como ato de conhecimento, de descoberta ou de revelação, em contraposição à interpretação como ato de vontade, de invenção ou de construção.

Também com finalidade didática, para facilitar a ilustração dos métodos, será utilizado um exemplo hipotético: uma nova lei que previsse que a ação de despejo em contratos de locação somente poderia ser intentada após nove meses de inadimplemento do aluguel caso o locatário seja portador de neoplasia maligna. Uma lei como essa provavelmente levantaria, além de arguições sobre a sua inconstitucionalidade por violação ao direito à propriedade e ao princípio da proporcionalidade, controvérsias sobre a eventual extensão desse benefício a locatários portadores de outros tipos de patologia.

¹ São referências pioneiras, nesse sentido, TEPEDINO, 2008, p. 1-23; FACHIN, 2000, passim; MORAES, 2010, p. 3-20.

1 DEONTOLOGIA E TELEOLOGIA NO MÉTODO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

No tocante à resposta da primeira pergunta, é possível partir do modelo mais clássico – e possivelmente mais extremo – que foi a chamada “Jurisprudência dos conceitos”, ou “Pandectística”. Marco histórico influente sobre as teorias contemporâneas do direito civil, a Pandectística tem origem no contexto da Alemanha do século XIX, em que a falta de unidade política inviabilizava a construção de uma legislação codificada, nos moldes do *Code* dos franceses, o que conduziu a doutrina a centrar seus esforços sobre o tratamento formal dos conceitos clássicos e a descrição neutra dos princípios (HESPANHA, 1998, p. 186). Nesse modelo, em que o processo de reflexão e construção do direito se realiza a partir de operações lógicas e imutáveis, de silogismos automáticos e estereis, buscava-se a construção de uma doutrina neutra, cientificamente adequada e independente do contexto social a que se aplicasse, no que já foi descrito como “a definitiva alienação da ciência jurídica em face da realidade social, política e moral do direito”.²

Em um modelo como esse, a discussão sobre a possibilidade de interpretação extensiva do benefício legal exemplificado hipoteticamente desprezaria qualquer consideração sobre o impacto social que ele produz. Provavelmente a argumentação estaria restrita à coerência teórica do benefício – e sua ampliação – com os elementos componentes do contrato de locação, os direitos que podem ser atribuídos por sua conta ao locatário e, até mesmo, as condições e requisitos processuais para a ação de despejo.

Esse modelo quase matemático de como o jurista atua, em sua versão mais extrema e exemplificativa, sofreu severas críticas. Sem descuidar a importância da coerência teórica para garantir a cientificidade do direito, a atividade interpretativa não pode abrir mão da ciência de que se destina a atuar na realidade social, sob pena de o rigor científico, que deve guiar a análise conceitual, degenerar no puro gosto pela classificação, sem função e alienada da realidade. Nas palavras de Pietro Perlingieri, a jurisprudência dos conceitos “relega a praxe da reflexão, considerando-a um acidente e privilegiando a norma como objeto da interpretação”, ficando “assim garantidas a unidade e a coerência do sistema, mas com a perda do ‘contato

² A frase é atribuída a Franz Wieacker por Karl Larenz (2005, p. 29). No entanto, vale destacar que embora Wieacker afirme que, por conta da Pandectística, “a ciência jurídica perdeu, pela primeira vez, aquele carácter de moral sobreposta ao direito positivo que fora próprio do direito natural medieval ou do jusracionalismo moderno”, destaca também que “os seus conceitos fundamentais se fundaram numa ética autónoma do dever e da liberdade tal como correspondia à consciência ética da maior parte dos seus contemporâneos” (WIEACKER, 2004, p. 13 e 504, respectivamente).

com o dinamismo social externo, com a dimensão diacrônica do direito” (PERLINGIERI, 2008, p. 94).

De fato, como já foi destacado, esse esforço obsessivo pela depuração dos conceitos e institutos nunca será capaz de afastar o direito da realidade concreta da qual ele é produto e assim jamais atinge a pureza teórica pretendida. Ao contrário, desmascarada essa insustentável mistificação de uma pureza teórica, o movimento rumo a uma suposta neutralidade revela-se apenas como uma forma de ocultar as escolhas ideológicas por trás da atividade do intérprete. Os conceitos abstratos persistem em carregar em sua estrutura, de forma implícita, os valores que estão por trás de sua construção, e que se revelam quando se analisa o impacto da decisão na realidade social (GRAU, 2005, p. 84).

A constatação da inviabilidade de plena neutralidade no tocante ao intérprete conduziu à construção de escolas radicalmente opostas, que viriam a responder à questão colocada no sentido inverso: se o juiz é inevitavelmente condicionado pelos seus próprios valores, abre-se mão de seu compromisso com a teoria e a interpretação do direito volta-se exclusivamente para a transformação da realidade concreta a que se aplica. Nessa linha do que se poderia indicar genericamente como “realismo sociológico”, a atividade de análise destaca-se das formalidades em favor da atenção aos fatores reais que conduzem às decisões judiciais, em nome de desligar-se de construções abstratas oriundas das classes dominantes para dirigir-se a um direito espontaneamente construído pela sociedade na sua verdadeira vivência cotidiana como grupo.³

Nesta linha radical, o exemplo-guia seria debatido exclusivamente pelo seu impacto social, pelo esforço de tutela de pessoas acometidas por uma doença de tratamento dramático e por vezes sem cura. Quando não fosse substituída pela admissão de práticas sociais constatadas nestes casos, a interpretação seria guiada pela fragilidade da condição destes sujeitos e por um esforço de compensação social, diante da insuficiência do sistema público de saúde, por meio da imposição forçada da manutenção do vínculo aos locadores particulares em todas as hipóteses em que houvesse este tipo de desequilíbrio socioeconômico.

Mas esse extremo oposto também é bastante criticável, na medida em que se dispõe a trocar a validade da norma jurídica pela efetividade da dita norma social. A dissolução das garantias oferecidas pelo ordenamento numa suposta realidade social representa o risco de entregar-se à lei do mais forte, que pode normalmente traduzir essa suposta autorregulação

³ No ordenamento nacional, cf. LYRA FILHO, 1995, passim; CARVALHO, 1998, passim; SOUSA, 1993, passim; WOLKMER, 1994, passim. Cf. ainda SANTOS, 2007, passim.

espontânea do corpo social. Ou ainda, lembrando a premissa de que toda atividade interpretativa é marcada por valores, deve-se reconhecer que o próprio processo de “escolha” do que sejam essas normas espontaneamente sociais não é ideologicamente menos tendencioso do que aquele que se pauta nas normas institucionalizadas formalmente. Esqueça-se que as garantias formais são conquistas históricas que encontram fundamento na legalidade e na democracia:

Uma coisa é verificar que o jurista, na tentativa de interpretação objetiva da norma, não pode se subtrair do condicionamento histórico-ideológico, outra coisa é querer exasperar esse condicionamento no processo hermenêutico, de maneira a recusar a interpretação do dado normativo e propor que seja justamente essa bagagem cultural, histórico-ideológica, a constituir garantia de justiça (PERLINGIERI, 2008, p. 100).

Ainda na linha das escolas mais consequencialistas, que oferecem resposta à questão proposta no sentido de que o intérprete deve guiar-se pelo impacto de sua decisão na realidade concreta, encontramos a vertente que mais se popularizou – de forma negativa – da chamada “análise econômica do direito”. Desenvolvida a partir dos anos de 1960 nos Estados Unidos, essa escola se tornou conhecida, de modo geral, pela utilização de princípios universais de eficiência para explicar os fenômenos jurídicos.⁴ Concebe-se o direito não como um sistema de normas com sanções, mas como um sistema de incentivos aos comportamentos dos indivíduos: como em qualquer situação de mercado, o comportamento será ou não adotado conforme o seu preço. Assim, o critério científico para a organização social não seria a justiça, mas sim a eficiência, e seu objetivo seria a maximização da riqueza social. Um de seus desenvolvimentos mais referidos encontra-se na teoria dos custos dos direitos, voltada a vincular a aplicação dos direitos fundamentais à chamada “reserva do possível”, uma vez que a escassez de recursos estatais é obstáculo à realização de direitos, que dependem da atuação executiva para sua implementação.⁵

Sob esta perspectiva, a avaliação da legislação imaginada perpassaria a consideração de que a generalização de benefícios aos locatários portadores de doença acabaria, em última instância, por reduzir a frequência da celebração de contratos de locação, especialmente entre locatários pertencentes a grupos de risco, assim encarecendo os aluguéis e diminuindo o acesso à moradia. Seria também ponderado o fato de que o referido benefício acabaria por

⁴ São referências tradicionais POSSNER, 2007, *passim*, e CALABRESI, 1970, *passim*. A diversidade de vertentes, nem todas partilhando essas características, é considerável, sendo exemplificadas pela melhor doutrina as escolas de Chicago, Austríaca, Institucionalista e Neo-Institucionalista, da “Public Choice” e ainda a de New Haven (Cf. RAGAZZO, 2008, p. 95 et seq.; e SALAMA, 2008, p. 4-58).

⁵ HOLMES; SUNSTEIN, 2000, *passim*. No ordenamento nacional sobre o tema, cf. GALDINO, 2005, *passim*.

aliviar a superlotação dos hospitais públicos, já que os doentes de casos mais leves teriam onde ficar e a manutenção do domicílio auxiliaria na recuperação das enfermidades. Isso poderia levar à conclusão de que a lei só seria constitucional ou seu benefício só poderia ser estendido se financiado pelo poder público. Em um grau ainda mais radical, a constatação de que, na grande maioria dos acometidos pela neoplasia, a doença é fatal, poderia levar à conclusão de que o benefício deveria ser restrito aos portadores de doenças com maior índice de recuperação.

A unilateralidade da vertente mais conhecida da análise econômica do direito é objeto de crítica, pois, ao partir do pressuposto de que a ação humana é guiada unicamente por motivações utilitaristas, acaba-se por impor uma perspectiva materialista e conservadora ao direito, incompatível com a proteção integral da pessoa humana:

Tal perspectiva, prescindindo da credibilidade dos resultados aplicativos, é criticável em si como metodologia, pela sua unilateralidade e pela substancial função individualista, materialista e conservadora certamente em contraste com a legalidade constitucional: o mercado não é critério autônomo de legitimidade (PERLINGIERI, 2008, p. 106).

Essa crítica não deve abrir mão, todavia, da importância da consideração a respeito do impacto econômico das escolhas políticas, especialmente no nível mais amplo do sistema social, mas restringe esta consideração ao processo legislativo e a admite apenas como mais um argumento – não o único, nem o mais importante – no processo de interpretação e aplicação do direito. De fato, a constatação acerca da pluralidade de princípios que imantam o sistema do direito permite – e impõe – que haja uma multiplicidade de argumentos a conduzir o intérprete na sua atividade (RAGAZZO, 2008, p. 87).

Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que o direito é, sim, um sistema, e, portanto, demanda para seu funcionamento coerência e harmonia entre seus diversos elementos, mas o sistema do direito não é fechado, ou axiomático, pautado pela lógica formal e pela neutralidade dos enunciados, como se pretendia sob uma perspectiva hermética e autorreferenciada, de matriz positivista. Trata-se de um sistema aberto, em constante estado de complementação e evolução em razão da provisoriedade do conhecimento científico e, principalmente, da modificabilidade dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica (CANARIS, 1996, p. 104). Por conta disso, o sistema permite – *rectius*, exige – a sua constante renovação por meio da introdução de elementos extraídos da realidade social:

Com efeito, sustentar a abertura do sistema jurídico significa admitir mudanças que venham de fora para dentro, ou, em termos técnicos, que provenham de fontes não imediatamente legislativas; significa, por outras palavras, admitir que o Direito,

como dado cultural, não se traduz num sistema de ‘auto-referência absoluta’ (NEGREIROS, 1998, p. 162-3).

No entanto, esse processo de incorporação de elementos extrajurídicos não pode dar-se de forma arbitrária, o que levaria à implosão do próprio pressuposto de sistematicidade. Necessariamente o processo de abertura deve ser viabilizado pelos próprios elementos do sistema: além do direito positivo, mas por meio do direito positivo. Se, de modo geral, o reconhecimento da textura aberta da linguagem já favorece esta abertura mediada no processo de interpretação, isso se revela ainda mais claro quando se trata da utilização da estrutura normativa de princípios, postulados argumentativos que propiciam a abertura do sistema por meio da interseção com fundamentos éticos, sociais e culturais.

No contexto atual, o reconhecimento da normatividade dos princípios, especialmente aqueles hierarquicamente superiores em razão de sua alçada constitucional, garantiu-lhes proeminência na atividade do intérprete, deixando para trás as concepções que lhes relegavam papel subsidiário ou programático (BONAVIDES, 2000, p. 232-38). Por meio deles, valores sociais e culturais invadem claramente o mundo do direito, mas mediados pelos significantes que os expressam e por um cuidadoso mecanismo científico – posto argumentativo – de aplicação.⁶

Assim, na análise da constitucionalidade do exemplo-guia é imperioso considerar seu impacto social, mas essa consideração deveria realizar-se por meio da análise e ponderação dos princípios constitucionais em jogo, tais como a proteção da propriedade, o direito à saúde, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana, assim como a sua interpretação extensiva seria viável conquanto se desse tecnicamente mediante a análise da *ratio* do dispositivo e da presença da mesma justificativa no caso análogo.

2 FORMALISMO E PRAGMATISMO NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A liberdade argumentativa propiciada ao processo interpretativo pela textura aberta da linguagem, principalmente no tocante à utilização dos princípios, também será determinante na relação do intérprete com o texto, que nos remete à outra questão a ser

⁶ A aproximação entre direito e ética e a utilização da teoria da argumentação como mecanismo de controle da discricionariedade do intérprete é vinculada pela melhor doutrina a este modelo que atribui normatividade aos princípios, também referido por vezes como “pós-positivismo”. Nessa linha, BARROSO, 2004, *passim*; BARCELLOS, 2005, *passim* e SOUZA NETO; MAIA, 2006, p. 57-99. Para a conceituação dos princípios e sua distinção com relação às regras, além dos já citados, cf. ÁVILA, 2006, *passim*; GALUPPO, 1999, p. 191-210; e, na doutrina estrangeira, ALEXI, 2002, *passim*, e DWORKIN, 2002, *passim*.

respondida por um método de interpretação, referente à fidelidade do intérprete ao texto. Nitidamente, as duas questões estão relacionadas. Escolas que defendem que a atenção do intérprete deve recair unicamente sobre o impacto efetivo da sua decisão sobre a realidade concreta atribuirão a ele maior – ou absoluta – liberdade na sua atividade; ao contrário, escolas mais atentas à coerência teórica do processo interpretativo tendem a restringir mais o papel do aplicador. No entanto, as duas questões – e suas possíveis respostas – não coincidem completamente, o que justifica – novamente, apenas a título didático – abordá-las em separado.

Dessa forma, no tocante à resposta da questão sobre a fidelidade do intérprete ao texto, também podemos partir do modelo mais clássico, e possivelmente mais extremo, que seria o outro marco histórico de matriz positivista influente sobre as teorias contemporâneas do direito civil – a chamada “Escola de exegese” francesa. A sua construção encontra origem no período pré-revolucionário, no qual a burguesia ascendente se defendia por meio de uma ideologia jurídica de cunho jusnaturalista, repleta de concepções pré-políticas e pré-sociais e esquemas de categorias universais e eternas, em especial uma versão abstrata e individualista do sujeito de direito (GROSSI, 2002, p. 3-5). Todavia, a revolução francesa conduz a classe burguesa ao poder estatal e o processo de codificação se revela especialmente idôneo a consolidar juridicamente aquele conjunto de valores. Os códigos, reputados verdadeiros monumentos legislativos, com a pretensão de compreender todo o direito, tornam-se os receptáculos do até então direito natural, racional e burguês (HESPANHA, 1998, 177).

Assim se constrói a doutrina de interpretação conhecida como escola de exegese, mediante esforços de restrição – ou mesmo proibição – da atividade do intérprete, com o objetivo de consolidar a nova ordem burguesa e evitar o retorno aos valores aristocráticos (CAENEGEN, 2000, p. 198). Se o direito se resume ao código, o juiz não tem qualquer liberdade para a sua interpretação. Sua atuação limitar-se-ia à utilização de duas técnicas: a interpretação literal dos textos e, em caso de dúvida, a descoberta da *voluntas legislatoris* (MONATERI, 1993, p. 37).

Assim, se o legislador escolheu beneficiar apenas os portadores de neoplasia maligna, não caberia ao juiz estender este ônus aos demais locadores sob quaisquer outras circunstâncias, pois, tratando-se de uma escolha política, a separação de poderes impediria qualquer reformulação judicial sobre a sua abrangência. No máximo, o papel do intérprete ao se deter sobre a eventual “subinclusão” (ou “sobreinclusão”) do enunciado normativo poderia conduzi-lo ao exame semântico das acepções possíveis do *nomen* utilizado, sempre guiado pela intenção do legislador.

Os movimentos de contraposição a esse positivismo legalista foram diversos, atingindo não só a ideia “originalista” de que seria viável e apropriado tentar descobrir a intenção do legislador, mas principalmente quanto à busca do significado literal das palavras (GUASTINI, 2004, p. 144-6). Acusou-se essa metodologia de, ao conduzir o intérprete à pura linguagem do legislador, tentar separar reflexão e prática, sem incorporar os elementos necessários ao adequado aprofundamento do momento fático e aplicativo (PERLINGIERI, 2005, p. 92). Para prender-se à alegada literalidade, a operação do intérprete seria guiada pelo dogma da subsunção, entendida como a “sotoposição de um caso individual à hipótese ou tipo legal” (ENGISCH, 2001, p. 94-5), de modo que sua atividade se reduziria “a exercício de comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as condições de uma consequência jurídica (um dever-ser)” (GRAU, 2005, p. 67). Esse modelo transforma o aplicador em um autômato fiel ao texto da lei e parte da falsa concepção de que os vocábulos e enunciados do discurso legislativo têm um significado próprio, determinado pelo legislador e que independe do trabalho do intérprete, o qual assume um papel puramente passivo, de revelação (CHIASSONI, 1990, p. 121-2). Em contraposição a essa limitação da atividade interpretativa à descoberta do significado correto das palavras para determinar a decisão verdadeira, reconheceu-se que ela sempre será criadora do significado das disposições jurídicas (CHIASSONI, 1990, p. 126-7). Sinteticamente, explica Noel Struchiner:

Os formalistas pretendem oferecer uma teoria do direito que privilegia a segurança jurídica e afasta a necessidade de exercício do poder discricionário pelos aplicadores do direito. Por isso enfatizam a plenitude hermética do direito, a rigidez dos termos gerais encontrados no direito e o papel do juiz de dizer o direito e não de criá-lo. O preço que os formalistas pagam por adotarem tal teoria sobre o direito é sustentar uma visão incompleta da realidade jurídica e que, além disso, sequer contribuiria para o funcionamento do direito, caso fosse verdadeira. A teoria formalista desconsidera a textura aberta da linguagem (STRUCHINER, 2002, p. 133).

Essa escola obscura, portanto, da constatação da *textura aberta da linguagem*. Tal expressão tem origem em autores como Friedrich Waismann e Ludwig Wittgenstein e confronta a ideia do positivismo lógico que identifica o significado de uma afirmação com o seu método de verificação: de um lado, afirma-se que os conceitos “não estão delimitados, de forma *a priori*, em todas as direções possíveis” e, portanto, não podem ser reduzidos às suas verificações; de outro lado, a miríade de possibilidades em que um termo pode ser empregado não traz em si “uma única característica comum que percorre e pode ser identificada em todas as suas instâncias”, mas apresenta tão somente conexões que podem ser identificadas como “semelhanças de família” (STRUCHINER, 2002, p. 12-27).

Essa constatação impele ao fato de que mesmo as correntes contemporâneas de matiz positivista não apenas reconheçam, mas também busquem, mecanismos para lidar com as dificuldades trazidas por essas características da linguagem, a reconhecer ao menos a existência de “casos difíceis” – sob essa perspectiva excepcional – que não demandariam, de forma lógica, uma única resposta correta (STRUCHINER, 2002, p. 36). É o caso de Herbert L. A. Hart, que, muito simplificada, reconhece que a regra fundamental de um sistema jurídico desenvolvido (“regra de reconhecimento”) comporta um conjunto de regras finito para casos infinitos e que, mesmo entre as regras existentes, há uma zona de penumbra além de seu núcleo de certeza (HART, 2007, *passim*). Contudo, o entendimento do autor é de que a maioria dos casos se encontra no núcleo de certeza, cabendo ao juiz, na excepcional hipótese dos “casos difíceis”, usar de seu poder discricionário para tornar a regra menos vaga para os casos futuros.⁷ Sob uma visão mais renovada, as escolas recentemente dedicadas ao formalismo ressaltam uma perspectiva mais positiva e menos inflexível frente às versões anteriores mais extremas que, se não pode ser aplicada a todas as hipóteses de interpretação jurídica, seria conveniente em situações específicas (STRUCHINER, 2009, p. 36).

De modo geral, o formalismo aqui apontado, voltado essencialmente para o texto do enunciado normativo, faz com que o intérprete restrinja-se ao dispositivo isolado, sem o esforço necessário para garantir a coerência e harmonia com o restante do sistema, especialmente com os princípios superiores que o regem e imantam, olvidando a ideia fundamental de que toda interpretação é sistemática, pois “não se interpreta o direito em tiras” (GRAU, 2005, p. 127). Afinal, “a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função dentro do ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento; de forma que se impõe uma interpretação evolutiva da lei” (PERLINGIERI, 2008, p. 617). Sob essa perspectiva mais ampla, que envolve a compreensão do sistema como um todo, em confronto com o caso concreto, “pensar que os ‘casos duvidosos’ sejam em número menor que os ‘casos decididos’ é no mínimo uma visão otimista” (PERLINGIERI, 2008, p. 620). Além disso, a visão formalista tende a produzir o mesmo problema sofrido pela pandectística abordado quanto à primeira questão sobre a interpretação: o aprisionamento do intérprete ao texto tende a fazê-lo esquecer elementos mais

⁷ Como destaca Noel Struchiner: “Infelizmente, apesar de exigir que os juízes apliquem, nos casos de penumbra, a abordagem paradigmática e criteriológica, que demonstrem certas virtudes judiciais como a imparcialidade e a neutralidade, que levem em consideração os interesses de todos que serão afetados pela decisão, que façam uso de princípios gerais aceitáveis, que empreguem os cânones de interpretação, Hart não esmiuça esses critérios, apresentando uma análise superficial da atividade discricionária” (STRUCHINER, 2002, p. 127).

complexos da realidade que o abrange e que, ao menos na interpretação judicial, deveriam ser levados em consideração:

O mais das vezes, o formalismo interpretativo afunda as raízes na ideologia da separação do direito da mais ampla problemática das ciências sociais, na tentativa de configurá-lo como o mundo do dever-ser, incontaminado daquele do ser (PERLINGIERI, 2008, p. 93).

Por conta destas críticas, e também quanto à questão referente à fidelidade ao texto, desvelaram-se correntes no sentido oposto, defendendo que o intérprete é absolutamente livre frente ao texto, inexistindo qualquer limite ou condicionamento vinculado ao significado dos vocábulos e enunciados dos documentos normativos, seja porque qualquer individuação de significado seria uma criação *ex novo*, seja porque, em uma versão mais radical e insidiosa, não haveria consenso possível sobre o significado das disposições jurídicas (CHIASSONI, 1990, p. 122). Trata-se de modelo por vezes denominado “não-interpretativismo”, no qual se entende que as operações realizadas sobre textos jurídicos não tem nada a ver com o problema filosófico da interpretação (MONATERI, 2001, p. 163).

Essa orientação – associada de forma generalizadora e, portanto, indevida, ao pragmatismo⁸ – não se limita à inclusão da jurisprudência entre as fontes do direito, mas se orienta para reduzir todo o fenômeno jurídico ao arbítrio das decisões judiciais (SCHLESINGER, 2002, p. 537). Os textos normativos, por impossibilidade ou absoluta inovação, não teriam outro significado senão aquele decidido pelo intérprete, em conformidade como sua ideologia particular (GUASTINI, 2004, p. 35).

No exemplo adotado, não haveria investigação científica possível, *a priori*, acerca da constitucionalidade ou da interpretação extensiva do benefício legal do adiamento da ação de despejo. Sob essa perspectiva, seriam fatores pessoais que conduziriam, em última instância, a decisão do juiz, tais como o fato de ele possuir alguém próximo na família que esteja acometido por aquela doença, impulsionando um movimento de solidariedade e empatia; ou, ao contrário, ter sofrido no passado com dificuldades para recuperar um imóvel de sua propriedade que tenha sido dado em locação. A investigação da decisão se dedicaria aos

⁸ Novamente aqui é imperioso destacar a pluralidade de vertentes que costumam ser abrangidas à denominação genérica de pragmatismo, mas em especial ressaltar que mesmo em sua vertente mais original o pragmatismo não se caracterizava por uma oposição à construção teórica, como destaca Susan Haack (2008, p. 164): “Essa associação do pragmatismo com o repúdio à teoria parece mais do que um pouco irônica, dado a insistência de Holmes de que ‘temos pouquíssima teoria no direito ao invés de muita’ – tão irônica quanto parece ser a observação ‘jogada ao vento’ de Richard Rorty de que o pragmatista pensa que ‘a verdade não é o tipo de coisa acerca da qual alguém deve esperar ter uma teoria interessante’, dado os esforços de Peirce, James e Dewey em articular o significado da verdade”. Para um aprofundamento no tema, cf. SHOOK; MARGOLIS, 2006, passim, e HAACK; LANE, 2006, passim).

fatores determinantes da subjetividade do juízo final sobre o tema, ignorando sua fundamentação jurídica que seria apenas aparente e dissimulatória da motivação real.

Troca-se aqui a normatividade pela efetividade e o ordenamento pelas orientações da jurisprudência, uma tendência que para muitos é hoje ainda mais perigosa para a ciência do direito:

Hoje, a insídia não é mais o combativo uso alternativo do direito ou o grosseiro igualitarismo que o animava, nem o uso impróprio e exclusivo da análise econômica do direito atravessada, além do mais, por uma ampla reconsideração crítica, quanto, ao contrário, o fato de contentar-se com um formalismo desencantado, fundado em uma legalidade ‘sem adjetivos’, cientemente consciente da importância do jurista, espectador mais do que ator, embebido de pensamentos frágeis, de aristocracia indiferente em relação aos conteúdos e, portanto, sem assumir qualquer responsabilidade. Perigo que se aninha no comportamento cínico da tomada de consciência, sem qualquer participação crítica, de que a economia, sozinha, governa a política, e a lei é amiga somente do mercado e das suas exigências inevitáveis; que a interpretação da lei pode somente descobrir o seu sentido e atribuir às *coisas* os próprios *nomes* sem questionar sobre a sua legitimidade e, ainda mais, sobre a sua legitimação e a sua justificação, deixando assim coincidir, cada vez mais, as razões da lei com as razões do mais forte e, portanto, da economia do mercado (PERLINGIERI, 2008, p. 127, grifo do autor).

De fato, o cenário aterrador com que nos confronta a jurisprudência contemporânea é de decisões que, às vezes até mesmo sob o pretexto da abertura do sistema pela constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecem realizar o que vem sendo chamado banalização ou mesmo “carnavalização” do Direito.⁹ Como então evitar que o poder conferido ao intérprete pelas perspectivas mais flexíveis da interpretação, favorecidas pela baixa concretude dos princípios e das cláusulas gerais que são recorrentemente utilizados, gere alto grau de insegurança e grande possibilidade de arbitrariedade? Como impedir que a superação da formalidade do método da subsunção na aplicação das normas funcione como uma autorização para o pleno arbítrio judicial, abertura para que o juiz, a seu bel prazer, invoque princípios apenas como valorações subjetivas para justificar sua decisão pessoal, como assumido pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal?

Ofício judicante – postura do magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística.

⁹ SARMENTO, 2007, p. 113-48. Também partilham o alerta Humberto Ávila (2006, p. 25): “O uso desmesurado de categorias não só se contrapõe à exigência científica de clareza – sem a qual nenhuma Ciência digna desse nome pode ser erigida –, mas também compromete a clareza e a previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático de Direito” e Lênio Luiz Streck (2009, p. 113, grifo do autor): “O fato de não existir um método que possa dar garantia a ‘correção’ do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua *Teoria Pura do Direito* – não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto [...] *de acordo com a sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade*, ignorando até mesmo o conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico”.

Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la [...].¹⁰

De fato, como há muito indicado, na resposta às questões colocadas para qualquer escola de hermenêutica encontra-se a preocupação de que a interpretação do texto normativo possa dar lugar a resultados divergentes segundo a visão subjetiva e o interesse do intérprete que o examina e, portanto, o risco de incerteza e insegurança jurídica (BETTI, 1949, p. 134). No entanto, é necessário destacar que conforme as metodologias de matiz positivista, especialmente de cunho legalista, nas quais em nome do valor segurança o juiz devia maior fidelidade possível à letra da lei, contraditoriamente, sempre que faltasse na lei uma resposta clara, o juiz não seria chamado a realizar uma atividade teórica intelectual, mas sim uma atividade de política legislativa (BETTI, 1960, p. 171). Assim, os modelos já se ressentiam quanto ao problema da insegurança, enfraquecidos pelas pré-identificadas – ainda que reputadas excepcionais – “lacunas” do ordenamento.

3 À GUIA DE CONCLUSÃO: FUNDAMENTAÇÃO ARGUMENTATIVA COMO PEDRA DE TOQUE DA LIBERDADE E DA RESPONSABILIDADE DO INTÉRPRETE

O que se pretende, em apertada síntese conclusiva a partir desse breve panorama, é identificar, para o método da constitucionalização do direito civil, o procedimento de interpretação do direito como uma forma de conhecimento. Embora não seja um conhecimento como a matemática, guiado pela lógica formal, não se trata de arbítrio, mas sim de uma racionalidade distinta, guiada pela lógica formal que permeia a argumentação. Afinal, “dizer que um texto potencialmente não tem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz” (ECO, 2005, p. 28). As contribuições obtidas pelo alto grau de desenvolvimento da teoria da argumentação nas últimas décadas – “tecnicamente, a argumentação viabiliza o acordo capaz de formular a compreensão através de uma interpretação que sirva de fundamento à solução mais razoável” (CAMARGO, 2003, p. 22) – fornecem subsídios para esta concepção, apta a conciliar uma metodologia flexível com suficiente previsibilidade e segurança (TEPEDINO, 2009, p. 11). Explica Margarida Camargo (2003, p. 137):

¹⁰ STF, 2ª T., RE 111787, Rel. Min. Aldir Passarinho, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, julg. 16/04/1991, publ. RTJ 136-03/1292. Como destaca Lênio Luiz Streck (2009, p. 62, grifo do autor), “a mudança de paradigma (da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem) não teve a devida recepção no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciais e doutrinárias brasileiras”.

Ao invés de unidades lógicas subsequentes umas às outras por interferências necessárias, é o esforço da persuasão e do convencimento que estruturam e servem de base às construções jurídico-decisórias. Portanto, é mais na esfera do razoável e do adequado, do que na esfera do puramente lógico, que a metódica atual deve ser examinada.

Parte-se da constatação de que a ideia – baseada no modelo cartesiano de ciência, de que a racionalidade está restrita ao raciocínio *more geometrico* e restrita à técnica da demonstração pela evidência – constitui uma limitação indevida e injustificada do campo de atuação da nossa faculdade de raciocinar e provar, pois os recursos discursivos desenvolvidos frente a um auditório que permitem “provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento” também são guiados por uma racionalidade própria, como alertam Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2005, p. 1):

Com efeito, conquanto não passe pela cabeça de ninguém negar que o poder de deliberar e de argumentar seja um sinal distintivo do ser racional, faz três séculos que o estudo dos meios de prova utilizados para obter a adesão foi completamente descurado pelos lógicos e teóricos do conhecimento.

Esse modo de pensar, orientado por valores e cuja lógica não é de tipo formal, também é pautado por uma racionalidade e também pode ser objeto de análise científica, que se vincula a uma pretensão de correção (ALEXY, 2005, p. 212). Trata-se da análise de decisões dirigidas pelo postulado da razoabilidade,¹¹ construído com base em um discurso não apenas de justificação, mas também de adequação das normas, que fundamenta a preferência pelo princípio aplicável ao caso concreto, e que assim viabiliza a aceitação racional das decisões judiciais com base na qualidade dos argumentos levantados, cuja verificação permite que o processo argumentativo seja concluído quando, desse todo coerente, resultar um acordo racionalmente motivado (GÜNTHER, 2004, *passim*; HABERMAS, 1998, *passim*). Nessa linha, ainda que os magistrados tomem decisões partindo de visões pessoais ou mesmo preconceitos e depois busquem as premissas para fundamentá-las, isso não significa descartar a importância e a necessidade da fundamentação (ATIENZA, 2006, p. 23).

Assim, “a questão metodológica se transforma em questão hermenêutica, que pode ser encarada a partir de uma perspectiva lógico-fenomenológica, e não empírico-psicológica”

¹¹ Dentre a vasta produção científica que esse postulado recebeu nos últimos anos, destaca-se Humberto Ávila, para quem o postulado da razoabilidade se manifesta sob três acepções: “Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (ÁVILA, 2006, p. 139).

(PERLINGIERI, 2008, p. 601). Neste modelo, a positividade do direito encontra-se na sua cognoscibilidade pelo intérprete, na sua interpretabilidade, uma vez que o liame entre o texto e o intérprete requer a presença de ambos: nem se pode pretender que o conteúdo do texto se produza exclusivamente pelo legislador, nem que o intérprete o ignore. A hermenêutica revela a conexão fundamental entre realidade e interpretação, impondo ao intérprete constrições como adequação, razoabilidade, proporcionalidade, coerência e congruência (PERLINGIERI, 2008, p. 604-5). Em especial, incide sobre o intérprete o princípio da legalidade, sob acepção renovada diante da complexificação do regime de fontes do ordenamento: não apenas o respeito aos preceitos individuais (muito menos em sua literalidade), mas à coordenação entre eles, à harmonização com os princípios fundamentais de relevância constitucional, em constante confronto com o conhecimento contextual das características do problema concreto a ser regulado, o fato individualizado no âmbito do inteiro ordenamento para a identificação da normativa adequada e compatível com os interesses em jogo. O que leva à conclusão de que “a interpretação é, portanto, por definição, lógico-sistemática e teleológico-axiológica, isto é, finalizada à realização dos valores constitucionais” (PERLINGIERI, 2008, p. 618).

Uma vez que o intérprete tem a liberdade – e o dever – de cotejar as potencialidades linguísticas do texto do enunciado normativo com os demais enunciados, em especial com os princípios fundamentais do sistema, e confrontar circularmente esses enunciados com as peculiaridades juridicamente relevantes da realidade concreta a que se destinam as normas, não há possibilidade de conceber sua atividade sob o modelo formal da subsunção, que mascara as escolhas como se fossem necessárias e neutras. As escolhas do intérprete devem ser assumidas expressamente, não como forma de libertá-lo do direito institucionalizado, mas exatamente para permitir o debate argumentativo acerca da sua adequação ao ordenamento: trata-se da responsabilidade do intérprete (PERLINGIERI, 2005, p. 96).

Dessa forma, no exemplo adotado, a atitude do intérprete não se poderia resumir ao texto do dispositivo que impõe o adiamento da ação de despejo em razão da patologia que acomete o locatário. Necessariamente ele seria levado a investigar os fundamentos principiológicos que permitem – ou não – a subsistência desse dispositivo no sistema, assim como o cotejo com os demais dispositivos inferiores a partir de cujo confronto ele extrai seu espaço e significado dentro do todo que é o ordenamento. Neste processo, especialmente na leitura dos princípios que fundamentam o dispositivo, escolhas de origem extrajurídica poderiam, de fato, influenciar o juízo decisório, mas teriam que ser mediatizadas por conceitos e institutos internos ao sistema, assegurando assim que a liberdade do intérprete não fosse uma autorização ao arbítrio, mas argumentativa e responsabilmente justificada.

Para assegurar, portanto, que o intérprete seja fiel não mais ao texto da lei, mas sim ao ordenamento jurídico como um todo, que decida em coerência não com um sistema formal e neutro de conceitos, mas com o sistema de normas e princípios fundados em valores culturais e sociais, ganha importância capital a fundamentação argumentativa da decisão. Por meio da fundamentação se verificam os argumentos que levaram o intérprete a escolher; é nela que encontramos os parâmetros para compreender a decisão (SCHLESINGER, 2002, p. 540-1). Pela fundamentação se verifica se os elementos extrajurídicos foram absorvidos por elementos normativos, se os valores referidos são sociais e culturais e não pessoais: viabiliza-se, em última instância, um controle final sobre os argumentos adotados (GUASTINI, 2004, p. 113).

Isso significa que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não implica a consagração do arbítrio, mas sim a imposição de um limite interno, metodológico: a exigência de fundamentação das decisões judiciais. A ampliação da área de liberdade conferida aos magistrados, em comparação com a tradição de nossa história jurídica, impõe uma atenção maior às justificativas invocadas para essas decisões (MAIA, 1999, p. 413).

Toda essa reformulação do processo de interpretação exige, portanto, o mais sincero respeito ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição, que determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. Essa norma constitucional – como não poderia deixar de ser – não é uma mera formalidade judiciária, mas uma norma que se torna pilar central dessa nova metodologia de interpretação e aplicação do Direito.¹²

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*, 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹² Como já destacava Larenz (2005, p. 524): “O desenvolvimento judicial do Direito precisa de uma fundamentação levada a cabo metodicamente se se quiser que o seu resultado haja de justificar-se como ‘Direito’, no sentido da ordem jurídica vigente. Precisa de uma justificação, porque sem ela os tribunais só usurariam de facto um poder que não lhes compete”.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.

_____. Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva. In: ALLORIO, Enrico (Coord.). *Scritti giuridici in onore di Mario Cavalieri*. Padova: Cedam, 1960, p. 167-89.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.

CAENEGEN, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Teoria e prática do direito alternativo*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

CHIASSONI, Pierluigi. L'interpretazione della legge: normativismo semiótico, scetticismo, giochi interpretativi. In: *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1990, p. 121-161.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, n. 143. Brasília, jul.-set. 1999, p. 191-210.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSSI, Paolo. *La cultura del civilista italiano: un profilo storico*. Milano: Giuffrè, 2002.

GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HAACK, Susan. O universo pluralista do direito: em direção a um pragmatismo jurídico neo-clássico. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 33. Rio de Janeiro, jul.-dez. 2008, p. 161-98.

_____; LANE, Robert. *Pragmatism, old and new: selected writings*. New York: Prometheus, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, passim.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York, W.W. Norton, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Notas sobre direito e argumentação. In: CAMARGO, Margarida Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 395-431.

MONATERI, Pier Giuseppe. “All this and so much more”: critica all’argomentazione e non interpretivismo. In: PALAZZO, Antonio (Coord.). *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*. Napoli: ESI, 2001, p. 163-72.

_____. Interpretazione del diritto. *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. X. Torino: UTET, 1993, p. 37.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – A nova retórica*, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005.

_____. Tavola rotonda e sintesi conclusiva. In: PALAZZO, Antonio (Coord.). *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*. Napoli: ESI, 2001, p. 478-83.

POSSNER, Richard. *Economic analysis of Law*, 7. ed. New York: Aspen, 2007.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Tese de doutorado. UERJ, 2008.

RIZZO, Vito. *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*. Napoli: ESI, 1985.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5. São Paulo: FGV, 2008, p. 4-58.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 113-48.

SCHLESINGER, Piero. Interpretazione della legge civile e prassi delle corti. *Rivista di diritto civile*, ano XLVII, parte prima. Padova, 2002, p. 531-44.

SHOOK, John R.; MARGOLIS, Joseph. *A companion to pragmatism*. Oxford: Blackwell, 2006.

SOUSA, José Geraldo. *Introdução crítica ao direito*. Brasília: UnB, 1993.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MAIA, Antônio Cavalcanti. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, M. M. et al. (Org.). *Os princípios da constituição de 1988*, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 57-99.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*, 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 463-82.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Temas de direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

HERMENEUTIC DISTINCTIONS OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW: THE INTERPRETER IN THE DOCTRINE OF PIETRO PERLINGIERI

ABSTRACT: This paper aims to examine the methodology of constitutionalization of the civil law by Pietro Perlingieri, sometimes referred to as “civil-constitutional law”, through the comparison of this method with others, thus establishing relations, distinctions, similarities, and sometimes opportunities for dialogue. For this purpose, was used the methods’ response technique regarding two questions about interpretation of law: deontology x teleology and restriction x freedom of interpretation.

KEYWORDS: Civil Law. Constitutionalization. Hermeneutics. Interpretation. Methodology.

Recebido: 30 de outubro de 2014

Aprovado: 26 de janeiro de 2015