

2021

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES  
MARIA CRISTINA DE CICCIO  
FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES  
COORDENADORES

**DIREITO**  
**CIVIL NA LEGALIDADE**  
**CONSTITUCIONAL**  
**ALGUMAS APLICAÇÕES**

EDITORA  
**FOCO**

# À GUISA DE APRESENTAÇÃO

A presente coletânea, intitulada "Direito Civil na Igualdade Constitucional, algumas aplicações", e resultado das atividades de pesquisas e parcerias desenvolvidas pelo grupo de pesquisa – Direito Civil na Igualdade Constitucional, do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito-PPGID, da Universidade de Fortaleza – Unifor.

Ao longo dos anos e, principalmente, com o desenvolvimento do Projeto Casadinho PRC/CCAD (MCTIC/MFq/MECC/apes - Ação Transversal nº 096/2011), entre os PPGIDs da Unifor e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UFRJ, diversas atividades de pesquisas lograram ser realizadas pelos docentes de ambas as instituições. Nesse processo, foi marcante a influência teórica e metodológica da Faculdade de Direito Civil-Constitucional que, no Brasil, tem sido desenvolvida pelo grupo de pesquisa *Direito Civil na Unidade do Ordenamento: Elementos para uma interpretação civil constitucional do direito privado*, liderado pelo Professor Gustavo Tepedino (UERJ).

Firmada essa parceria, o grupo de pesquisa Direito Civil na Legitimidade Constitucional (UNIFOR) foi ampliado às suas conexões com docentes vinculados a diversos outros grupos de pesquisa cadastrados no CNPQ, dentre os quais, A *constitucionalização do Direito Civil*, liderado pela professora Maria Celina Bodin de Moraes (PUC-RJ); *Constitucionalização nas Relações Privadas*, sob a liderança dos professores Paulo Lobo e Fabíola Albuquerque (UFPE); *Direito Privado e Contemporaneidade*, cujo líder é o professor Marcos Ehrhardt (UFAL); *Direitos humanos e vulnerabilidades*, liderado pelas Professoras Ana Carla Hartmann Matos e Melina Girardi Fachin (UFPR).

As diversas atividades desenvolvidas em conjunto, seja na elaboração de artigos científicos e coletâneas, seja na composição de bancas de mesurado e de doutorado ou na realização de congressos, encontros e seminários, os docentes envolvidos culminaram por se enlaçar em uma verdadeira rede de pesquisadores, cuja formalização está sendo efetivada.

Como fio condutor de todos esses trabalhos, há uma firme preocupação em se analisar conflitos e problemas pertinentes ao direito civil, sob a luz dos princípios constitucionais, com a aplicação da metodologia do direito civil constitucional.

A partir dos anos 80, quando a metodologia aportou no cenário brasileiro pelas mãos dos professores Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, tem-se observado uma adesão expressiva de muitos pesquisadores e juristas que defendiam a possibilidade e importância das aplicações diretas das normas constitucionais às relações privadas.

## SUMÁRIO

da pessoa detentora de patrimônios situar a pessoa humana no centro do direito civil e considerar que o Patrimônio deve ser orientado a sua realização existencial, sem a pretensão que a doutrina tradicional a ele atribua, tem sido um dos postulados mais importantes da nova doutrina civil constitucional.

As perspectivas ricas e diversas desenvolvidas nos capítulos em que esta obra se organiza e se desenvolve com um leque para sua leitura, pela variedade e atualidade dos temas abordados e setor de que de mais relevante se tem produzido no âmbito do direito privado, com auro, investigação científica e interação da teoria com a prática e com a complexidade atual das relações sociais e econômicas.

*Paulo Luiz Netto Libbo*

*Aluno de Pós-Graduação do Grupo de Pesquisas "Constituição e Realização das Relações Sociais"*

AGUIÇA DE APRESENTAÇÃO	III
Joiceane Hezera de Menezes, Maria Cristina De Cicco e Francisco Luciano Lima Rodrigues	
PREFÁCIO	V
Paulo Luiz Netto Libbo	
A PRESCRIÇÃO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL	I
Anderson Schreiber	
PACTO ANTENUPCIAL NA HERMENÊUTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL	15
Ana Carla Lammakuk Matos e Ana Carolina Brochado Teixeira	
DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO: ENTRE ACERTOS E DESACERTOS, UMA RESPOSTA AOS CRÍTICOS	39
André Luiz Avri Ramos	
BREVE ENSAIO EM TEMAS DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E A CONCEPÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	51
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho	
CONSTITUCIONALIZAÇÃO E RECIVILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO CIVIL: UM Mapeamento ATUAL	71
Carlos E. Elias de Oliveira	
DISTINÇÕES HERMENÊUTICAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: O INTÉRPRETE NA DOUTRINA DE PIETRO PERLINGIERI	71
Carlos Nelson Konder	
SITUAÇÕES JURÍDICAS PATRIMONIAIS: FUNCIONALIZAÇÃO OU COMUNITARISMO?	
Daniel Bucar e Daniela de Carvalho Mucio	87

O contrastar aqui feito entre a Constitucionalização e a Reconvitalização obviamente contém simplificações, próprias de qualquer taxonomia. Quer-se aqui apenas realçar que há duas posturas metodológicas diferentes no Direito Civil Contemporâneo, deixando ao leitor a incumbência de, por leitura dos textos dos diversos civilistas, desvendar idiosincrasias de cada corrente.

Nos vários casos concretos, juristas de diferentes correntes metodológicas poderão chegar ao mesmo resultado, mas é inegável que o caminho argumentativo de cada um será diferente.

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

*Carlos Nelson Konder*

Doutor e mestre em Direito Civil pela UFPR, Especialista em Direito Civil pela Universidade do Grande Rio, Pós-graduação em Direito Civil da UFRJ, RIC, RIA, E-mail: c.konder@gmail.com.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Direito eja e teleologia no método do direito civil-constitucional; 3. Formalismo e pragmatismo na constitucionalização do direito civil; 4. A guisa de conclusão: fundamentação argumentativa como pedra de toque da liberdade e da responsabilidade do intérprete; 5. Referências.

### 1. 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 a qual o direito se vincula – como, por exemplo, o aumento de complexidade da estrutura do ordenamento em decorrência das transformações operadas no local onde as 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). Mas 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 e 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, a um certo sentido, a verdade". E sintetiza o autor: "a reflexão sobre o método não é um reflexo sobre a ciência, quanto sobre a consciência da escolha e dos resultados que 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 e processo de libertação e superação de certos rigores metodológicos tradicionais. Essa nova ciência do direito pode dar vazão a novos métodos, oxigenados pelas experiências 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 da interpretação.

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 civílistas ansiosos por transformar o antigo 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 de constitucionalização do direito civil. Não são poucos os trabalhos que têm exposto, de forma clara, didática e sistemática, as premissas metodológicas que o caracterizam.<sup>1</sup>

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 este 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 – basantes em Perlingieri e referente ao foco da interpretação:

o intérprete a construção teórica, a coerência científica, a pureza da doutrina; de outro lado, o intérprete voltado para o impacto social da decisão, a pureza da doutrina; de outro concreto, as interpretações sobre o contexto fático. Uma perspectiva mais realista da atividade interpretativa em oposição a uma perspectiva mais deontológica.

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 liberam em maior liberdade e autonomia na adaptação do enunciado normativo para sua aplicação ao caso concreto. A interpretação como ato de

conhecimento, de descoberta ou de revelação, em contraposição a 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 prevísse 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.

## 2. 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 des Français*, 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 estereotipados, 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".<sup>2</sup>

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 descurar 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 à praxe da reflexão, considerando-a um acidente e privilegiando a norma como

2. A frase está atribuída a Franz Wechseler por Karl Larenz (2005, p. 20). No entanto, vale destacar que embora Wechseler afirme que, por conta da Pandectística, "a ciência jurídica perdeu, pela primeira vez, aquele caráter de moral, sabedoria ao direito positivo que fora próprio do direito natural medieval ou do jusnaturalismo moderno", destaca também que "os seus conceitos fundamentais se fundaram numa ética autônoma do dever e da liberdade tal como correspondia à consciência crítica da maior parte dos seus contemporâneos" (WILBACKER, 2004, p. 13 e 504, respectivamente).

objeto da interpretação". Embora "assim garantidas a unidade e a coerência do sistema, mas com a perda de conexão com o universo social externo, com a dimensão dialética do direito" (PERLINCIERI, 2008, p. 94).

De fato, como já foi destacado, esse esforço obsessivo pela depuração dos conceitos e estruturas normativas capaz de afastar o direito da realidade concreta da qual este é produto e assim jamais atingir a pureza teórica pretendida. Ao contrário, de uma perda essa insustentável mistificação de uma pureza teórica, o movimento rumo a uma suposta neutralidade revela-se apenas como uma forma de ocultar as contradições que as portais da atividade do intérprete. Os conceitos abstratos persistem com a estrutura 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 (ROCHA, 2005, p. 84).

A consequência da instabilidade de plena neutralidade no tocante ao intérprete conduz à construção de estruturas radicalmente opostas, que viriam a responder à questão sobre qual o sentido inverso se o juiz inevitavelmente condicionado pelos seus próprios valores deve ser mais de seu compromisso com a teoria e a interpretação do direito volta-se exclusivamente para a transcrição da realidade concreta a que se aplica. Nessa linha de raciocínio poderia incluir genericamente como "realismo sociológico", a atividade de interpretar jurídica em nome de desligar-se de construções abstratas oriundas das classes de interesses, para dirigir-se a um direito espontaneamente construído pela sociedade na sua verdadeira vivência cotidiana como grupo.<sup>4</sup>

Seria linha radical, o exemplo-guia seria debatido exclusivamente pelo seu impacto social pelo impacto de tutela de pessoas acometidas por uma doença de tratamento complexo, especialmente em cultura. Quando não fosse substituída pela admissão de práticas jurídicas implantadas nestes casos, a interpretação seria guiada pela fragilidade da condição humana afetada e por um esforço de compensação social, diante da insuficiência da simples sanção e por um esforço de imposição forçada da manutenção do vínculo no sistema jurídico de saúde por meio da imposição forçada da manutenção do vínculo aos benefícios particulares em todas as hipóteses em que houvesse este tipo de desequilíbrio social concreto.

Uma outra vertente oposta também é bastante crítica, na medida em que se dispõe a pensar a realidade da norma jurídica pela efetividade da dita norma social. A dissolução das estruturas jurídicas mais forte que pode normalmente traduzir essa suposta oposição é a interpretação do corpo social. Ou ainda, lembrando a premissa de que toda atividade humana precisa de uma ajuda por valores, deve-se reconhecer que o próprio processo de interpretação jurídica é mantido por valores epistemológicos sociais não ideologicamente determinados, mas de que depende que se pautar nas normas institucionalizadas formalmente e seguir-se por as garantias formais ou conquistas históricas que encontram fundamento na legalidade e na democracia.

Uma coisa é verificar que o jurídico, na tentativa de interpretação rejeição da norma, não pode ser tratado da constitucionalmente histórica, o ideológico, como coisa e que se esquecer esse conflito, enquanto no processo histórico, de maneira a recusar a interpretação do texto normativo e propor que seja predominantemente esse bagagem cultural, histórica-ideológica, a constituir garantia de justiça (PERLINCIERI, 2008, p. 100).

Ainda na linha das escolas mais consequencialistas, que oferecem resposta a 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.<sup>5</sup> Concebe-se o direito não como um sistema de normas com sanções, mas como um sistema de incentivos ou comportamentos dos indivíduos; como em qualquer situação de mercado, o comportamento seria 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 a chamada "reserva do possível", uma vez que a escassez de recursos estatais é óbvia e a realização de direitos, que dependem da atuação executiva para sua implementação,<sup>6</sup>

Sob esta perspectiva, a avaliação da legislação imaginada passaria a considerar-se 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 benefícios e diminuindo o acesso à moradia. Seria também ponderado o fato de que o aluguéis e diminuindo o acesso à moradia. Seria também ponderado o fato de que o referido benefício acabaria por 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 do credibilidade dos resultados aplicativos, é criticável em si como metodologia, pela sua unilateralidade e pela substancial função individualista, materialista e conservadora inerentemente em contraste com a legalidade constitucional; o mercado não é critério autônomo de legitimidade (PERLINCIERI, 2008, p. 106).

4. San referências tradicionalistas ROSSIGNER, 2007, *passim*, e CALABRESE, 1970, *passim*. A diversidade de vertentes, bem como partilhando essas características, é considerável, sendo exemplificadas pela melhor doutrina acadêmica de Chicago. Ausarica, institucionalista e Neo-institucionalista, da "Pocher Choice" e ainda a de New Haven (CALABRESE, 2008, p. 95 et seq.; SALAMÁ, 2008, p. 4-58).

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

Essa crítica não deve ser feita, contudo, da importância da consideração a respeito do impacto social – já que os sistemas políticos, especialmente no nível mais amplo do Estado, não podem deixar de considerar ao processo legislativo e a admitir apenas normas jurídicas que tenham sido submetidas, mesmo que de forma indireta, a procedimentos de controle de constitucionalidade. Pelos motivos acima da pluralidade de princípios que podem ser invocados para interpretar a sua amplitude – que haja uma multiplicidade de argumentos para se chegar a interpretar na sua amplitude (RACIAZZO, 2008, p. 87).

Nesse sentido, parece-se de pressuposto de que o direito é, sim, um sistema, e portanto, precisa 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 rigidez da validade dos enunciados, como se pretendia sob uma perspectiva hermética e autossuficiente baseada de matriz positivista. Trata-se de um sistema aberto, por isso, suscetível de complementação e evolução em razão da provisoriedade do direito. O direito é, portanto, e principalmente, da modificabilidade dos próprios valores jurídicos – como da ordem jurídica (LACABRIS, 1990, p. 104). Por conta disso, o sistema jurídico não se restringe a sua consistência remanescente por meio da introdução de elementos estranhos à realidade jurídica.

Um sistema jurídico é a abertura do sistema jurídico a outros elementos que venham de fora para dar origem a novos enunciados jurídicos, sendo que o elemento externo, significativamente por ser externo ao sistema jurídico, é o chamado cultural, não se tratando num sistema de auto-referencialidade. (RACIAZZO, 1999, p. 102) 11.

Assim, então, esse pressuposto de incorporação de elementos extrajurídicos não pode ser de forma arbitraria, o que leva a ser a impulsão do próprio pressuposto de sistema. Isso pode ser entendido a partir do provável de abertura deve ser viabilizada pelos próprios elementos do sistema de direito positivo, mas por meio do direito positivo. Se, de outro lado, o direito positivo, em virtude da abertura da linguagem já favorece esta abertura jurídica, então esse modo de interpretação não se revela ainda mais claro quando se trata da abertura da estrutura normativa de primeira posição postuladas argumentativos que produzem a abertura do sistema por meio da interação com fundamentos éticos, sociais e culturais.

Nesse sentido, a atual interpretação da normatividade dos princípios, especialmente a que se tem feito na atualidade da doutrina, derivando para lá as concepções que se tem feito na interpretação dos princípios (RACIAZZO, 2000, p. 232-38). Portanto, a interpretação dos princípios deve ser feita de modo a revelar o conteúdo do direito, mas não a partir de uma interpretação de aplicabilidade.

11. O sistema jurídico é a abertura do sistema jurídico a outros elementos que venham de fora para dar origem a novos enunciados jurídicos, sendo que o elemento externo, significativamente por ser externo ao sistema jurídico, é o chamado cultural, não se tratando num sistema de auto-referencialidade. (RACIAZZO, 1999, p. 102) 11.

Assim, na análise da constitucionalidade do exemplo-guia é imperioso considerar o 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, 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.

### 3. 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 a outra questão a ser respondida por um método de interpretação, referente à fidelidade do intérprete ao texto. Nididamente, as duas questões estão relacionadas. Escusas que defendem que a atenção do intérprete deve recair unicamente sobre o impacto efetivo da sua decisão sobre a realidade concreta atribuída a ele maior – ou absoluta – liberdade na sua atividade; no entanto, 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 debruçava 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 conduziu a classe burguesa ao poder estatal e o processo de codificação se revela especialmente idôneo a consolidar juridicamente aquele conjunto de valores. Os códigos, repulados 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 vontade legislativa (MONATERI, 1993, p. 37).

Assim, se o legislador escolheu beneficiar apenas os portadores de neoplasia maligna, não caberia ao juiz estender este ónus aos demais locutores sob quaisquer outras

circunstâncias, pois, tratando-se de uma escolha política, a separação de poderes impedia qualquer reformulação judicial sobre a sua abrangência. No máximo, o papel do intérprete a ser detido sobre a eventual “subinclusão” (ou “sobreinclusão”) do enunciado normativo poderia conduzi-lo ao exame semântico das acepções possíveis do nome 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 (GILASTINI, 2004, p. 144-6). Acusou-se essa metodologia de, ao condicionar o intérprete à pura linguagem do legislador, tentar separar reflexo 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 “soposição 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)” (GRAL, 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 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 a descoberta do significado correto das palavras para determinar a decisão verdadeira, reconheceu-se que ela sempre seria criadora do significado das disposições jurídicas (CHIASSONI, 1990, p. 126-7). Sinteticamente, explica Noel Struchiner:

Os *formalists* pretendem oferecer uma teoria do direito que privilegia a segurança jurídica e afirma a necessidade de exercício do poder discricionário pelos juízes e operadores do direito. Por isso enfatizam a premissa hermética do direito, a rigidez dos termos gerais recorrentes no direito e o papel do juiz de dizer o direito e não de criá-lo. Creio que os formalistas pagam poryclicismo realista sobre o direito e sustentam uma visão incompleta da realidade jurídica e que, além disso, sequer contribuíram para o juramento do direito, caso fosse verdadeira. A teoria formalista descrita considera a textura aberta da linguagem. (STRUCHINER, 2002, p. 133).

Essa escola descarta, portanto, da constatação da *textura aberta da linguagem*. Tal expressão tem origem em autores como Friedrich Waisman 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 com um que possa ser identificada em todas as suas instâncias”, mas apresenta-las somente aquelas que podem ser identificadas como “semelhanças de família” (STRUCHINER, 2002, p. 12-27).

Essa constatação impede ao fato de que mesmo as correntes contemporâneas de *mattz positivista* não apenas reconheciam, mas também buscavam, mecanismos para

lidar com as dificuldades trazidas por essas características da linguagem, a reconhecer-lidar com a existência de “casos difíceis” – sob essa perspectiva excepcional – que não ao menos a existência de forma lógica, uma única resposta correta (STRUCHINER, 2002, p. 36). É o caso de Herbert A. Hart, que, muito simplificadoramente, reconhece que a regra fundamental de um sistema jurídico desenvolvido (“regra de reconhecimento”) comporta um conjunto de regras finitas para casos infínitos 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 incerta vaga para os casos futuros.<sup>7</sup> 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 como restante do sistema, especialmente com os princípios superiores que o regem e imantam, olvidando a ideia fundamental de que toda interpretação é sistêmica, pois “não se interpreta o direito fundamente de que toda interpretação é sistêmica, pois “não se interpreta o direito fundamente de que toda interpretação é sistêmica, pois “não se interpreta o direito em virtas” (GRAL, 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 e evolução 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 dividiados” sejam em número menor que os “casos decididos” e no mínimo uma visão otimista” (PERLINGIERI, 2008, p. 620). Além disso, a visão formalista tende a produzir o mesmo problema sofrido pela pandectística aborrida quanto à primeira questão sobre a interpretação: o aprisionamento do intérprete ao texto tende a fazer esquecer elementos mais complexos da realidade que o abrange e que, ao menos na interpretação judicial, deveriam ser levados em consideração:

O final das vezes, o formalismo interpretativo afunda as raízes na ideologia da separação do direito da mais ampla problematização 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 individualização de significado seria uma criação *ex novo*,<sup>8</sup> seja porque, em

<sup>7</sup> Como destaca Noel Struchiner: “Infelizmente, apesar de exigir que os juízes aplicuem, nos casos de penumbra, a abordagem paradigmática e criativa, que demonstram certas visões jurídicas 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 aceites, que empreguem os cânones de interpretação, Hart não enunciou essas critérios, apresentando, uma análise superficial da atividade discricionária.” (STRUCHINER, 2002, p. 127)



uma versão mais radical e insidiosa, não haveria consenso possível sobre o significado das disposições jurídicas (CHASSAGNE, 1990, p. 122). Trata-se de modelo por vezes denominado "nao interpretativismo", no qual se entende que as operações realizadas sobre textos jurídicos não tem nada a ver com o problema filosófico da interpretação (MONALTERI, 2001, p. 163).

Essa orientação – associada de forma generalizadora e, portanto, indevida, ao *preceptivismo*<sup>9</sup> – 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 com sua ideologia particular (GLASTINI, 2004, p. 35).

No exemplo adorado, não haveria investigação científica possível, *a priori*, acerca da consistência, validade 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 reverter um imóvel de sua propriedade que tenha sido dado em locação. A investigação da decisão se dedicaria aos fatores derivantes da subjetividade do juiz: o final sobre o tema, ignorando sua fundamentação jurídica que seria apenas aparente e dissimulatória da motivação real.

Toca-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.

<sup>9</sup> Sobre a insidiosa não é mais o combate ao uso alienado do direito ou o grosseiro igualitarismo que o denuncia, nem o uso improprio e exclusivo da análise econômica do direito atravessada, além do mais, por uma ampla e indiscriminada crítica quanto, até mesmo, à ideia de contentar-se com um formalismo interpretativo. Um dado em uma legalidade sem efeitos, certamente característico da importância em uma perspectiva mais do que nos, em favor de perspectivas fideles, de anterioridade indifferente e relações inter-universitárias e, portanto, sem assumir qualquer responsabilidade. Perigo que se antecipa em conformidade com o teor da doutrina, em que a participação crítica, de que a ciência – a ciência jurídica – não é capaz, somente no modo de cada uma das suas exigências inevitáveis. Cabe a interpretação da lei poder somente decidir o seu sentido e alinhar às coisas os juízos possíveis. Um detalhe: o autor sobre a sua legitimidade e, ainda mais, sobre a sua legitimidade e a sua justificação de ser o autor, assim como o autor, por P. SCHLESINGER, 2002, p. 127, grifo do autor.

<sup>10</sup> Sobre a orientação interpretativa de evitar a pluralidade de sentidos, se refere ao *preceptivismo* que se caracteriza por uma interpretação unívoca e objetiva, sem qualquer referência à dimensão política ou social da interpretação. A interpretação unívoca e objetiva, sem qualquer referência à dimensão política ou social da interpretação, é o modelo de interpretação que se caracteriza por uma interpretação unívoca e objetiva, sem qualquer referência à dimensão política ou social da interpretação. Para um desenvolvimento no tema, cf. *Witzel, Valério, 2006*, passim e *HAAKEL, LAMÉ, 2006*, passim.

De fato, o cenário acerrador com que nos confronta a jurisprudência contemporânea e de decisões que, às vezes até mesmo sob o pretexto da abertura da sistema pela constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecem realizar o que vem sendo chamado banalização ou mesmo "camarvalização" do Direito.<sup>10</sup> Como então evitar que o poder conferido ao intérprete pelas perspectivas mais flexíveis da interpretação, favorecidas pela baixa concreção 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 de 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 valorizações 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. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la [...].<sup>11</sup>

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 matriz positivista, especialmente de cunho legalista, nas quais em nome do valor seguro o juiz devia maior fidelidade possível à letra da lei, contraditoriamente, sempre que falasse na lei uma resposta clara, o juiz não seria chamado a realizar uma atividade teórica hermenêutica, 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.

#### 4. À GUISA 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 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 conhe-

<sup>9</sup> SARMENTO, 2007, p. 113-48. Também partilham o alerta Humberto Ávila (2006, p. 29): "O uso desmesurado de exigências não só se contraria a exigência científica da clareza – se a qual certamente cetera aliqua dicitur esse pole veri eligenda –, mas também compromete a clareza e a previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao patrocínio do Estado Democrático de Direito" e Lúcio Luiz Streck (2006, p. 113, grifo do autor): "O fato de não existir um método que possa dar garantia a qualquer do processo interpretativo – de ciência presente, alta, já em Kant –, no entanto capitula de sua tarefa. Fora do Direito – não pode dar ao que o intérprete possa interpretar um texto [...] de acordo com a sua vontade, e, em acordo com a sua subjetividade, ignorando até mesmo o conteúdo material-estrutural do texto jurídico".

<sup>10</sup> STF, 2º T, RE 111787, Rel. Min. Aldir Pissarro, 30.01.1994, p. 16094/1991, publ. RTJ 126-01/1292. Como destaca Lúcio Luiz Streck (2009, p. 62, grifo do autor), "a mudança de paradigma da filosofia da interpretação para a filosofia da linguagem) não teve a devida repercussão no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano dos praticos jurídicos e doutrinários brasileiros".

concreto como a manutenção. Guiada pela lógica formal, não se trata de arbitrio, 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 a solução mais razoável" (CAMARGO, 2007, p. 22) – levam em subsídios para esta concepção, apta a conciliar uma metodologia flexível com substancial previsibilidade e segurança (TEPEDINO, 2009, p. 11). Explica Margarida Camargo (2003, p. 137):

... o intérprete, em cada caso, as subjacentes, analisá-las e outras por inferências necessárias, e o colégio de princípios e de regras em conjunto, estruturam o sentido de base das construções jurídico-decretadas. Apenas e mais na esfera do razoável e do adequado, do que na esfera do puramente lógico, que a escolha final deverá ser escolhida.

Parte-se da constatação de que a ideia – baseada no modelo cartesiano de ciência, de cetera a racionalidade está restrita ao raciocínio mais geométrico 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 disjuntivos desenvolvidos permitem a um auditorio que permitem "provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às ideias que se lhes apresentam ao assentimento" também são guiados por uma racionalidade própria como afirma Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2005, p. 1):

... o espírito, contudo, não pára pelo cabedal de regras que negar que o poder de liberar e de argumentar se encontra em nível do ser racional, há três séculos que o estudo dos meios de prova utilizados para isso se aplica nos complementos decorado pelos lógicos e técnicos do conhecimento.

Esses modos de pensar, orientado por valores e cuja lógica não é de tipo formal, também é passível 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 das partes postulado da razoabilidade. "É construído com base em um discurso não apenas de justificativo, mas também de adequação das normas, que fundamenta a preferência pela primeira aplicável ao caso concreto, e que assim viabiliza a aceitação preferencial das decisões judiciais com base na qualidade dos argumentos levantados, cuja racionalidade permite que o processo argumentativo seja concluído quando, desse todo coerente resultar um acordo racionalmente motivado (GUNTHER, 2004, passim; FERRELLAS, 1999, passim). Nessa linha, ainda que os magistrados tomem decisões partindo de valores pessoais ou mesmo preconceitos e depois busquem as premissas para funda-

mentá-las, isso não significa descartar a importância e a necessidade de fundamentação (MARENZA, 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" (PERLINGIERI, 2008, p. 601). Nesse modelo, a positividade do direito encontra-se na sua cognoscibilidade pelo intérprete, na sua interpretabilidade, uma vez que o nome e 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 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 aceção renovada diante da complexificação da regime de fontes do ordenamento: não apenas o respeito aos preceitos individuais (muito menos em sua literalidade), mas a coordenação entre eles, a 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 norma adequada e comparável 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 catenar 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 jurídicamente relevantes da realidade concreta a que se destinam as normas, não há possibilidade de conceber sua atividade sob o modelo formal da subsunção, que mesclara as escolhas como se fossem necessárias e neutras. As escolhas do intérprete devem ser assumidas expressamente, não como forma de liberdade do direito instituído, mas explicitamente 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 extraí 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 mediadas por conceitos e institutos inerentes ao sistema, assegurando assim que a liberdade do intérprete não fosse uma autorização ao arbitrio, mas argumentativa e responsável 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

11

11. Quanto a esta problemática, é interessante que esse postulado recebeu nos últimos anos, destaque no pensamento atual, para quem se manifesta sob três aspectos: Primeiro, a razoabilidade e utilizada como elemento de controle da validade das normas gerais, em contraposição ao caso concreto, que manifestando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada. Segundo, a razoabilidade é empregada como elemento de controle da validade das normas gerais, em contraposição ao caso concreto, que manifestando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como elemento de controle da validade das normas gerais, em contraposição ao caso concreto, que manifestando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada. (AVILA, 2006, p. 189)

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 e a ela que raciocinamos os parâmetros para compreender a decisão (SCHULTEMEYER, 2002, p. 540-1). Pela fundamentação se verifica se os elementos extrajudiciais foram absorvidos por elementos normativos, se os valores referidos são sociais e culturais e não pessoais; sublinha-se, em última instância, um controle final sobre os argumentos adotados (CASTANI, 2004, p. 113).

Isso significa que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da submissão – 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 (MALLA, 1999, p. 413).

Toda essa reformulação do processo de interpretação exige, portanto, o mais silencioso respeito ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição, que determina que “todos os integrantes 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 jurídica, mas uma norma que se torna pilar central dessa nova metodologia de interpretação e aplicação do Direito.<sup>12</sup>

## 5. REFERÊNCIAS

- ALLEN, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Lindy, 2005.
- ALLAN, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARENZA, Maurizio. *Acritérios do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Lindy, 2006.
- ARON, Henri. *Teoria dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARILETTI, Ana Paula de. *Princípios da racionalidade e unidade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARILETTI, Ana Paula. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BERTUZZI, Emma. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.
- BERTUZZI, Emma. *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*. In: ALLOPPIO, Enrico (Coord.). *Seminari giuridici in onore di Mario Cavaliere*. Padova: Cedam, 1980, p. 167-89.
- BONFANTE, Elio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União.
- BREYER, Stephen. *1980*. Disponível em: <http://www.psu.edu/~psu/intercol/32/comstruc/constitucan.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.
- CALABRESI, G. e Van Calmeide. *Historia do direito privado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CASTANI, G. *La dottrina dell'interpretazione giudiziale delle norme: dalla rigida applicazione alla interpretazione creativa*. In: *La dottrina dell'interpretazione giudiziale delle norme: dalla rigida applicazione alla interpretazione creativa*. Roma: Giuffrè, 2004, p. 1-15.
- CASTANI, G. *La dottrina dell'interpretazione giudiziale delle norme: dalla rigida applicazione alla interpretazione creativa*. Roma: Giuffrè, 2004, p. 1-15.
- CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Heremético 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, 1998.
- CARVALHO, Antônio Bruno de. *Teoria e prática do direito alternativo*. Porto Alegre: Sares, 1988.
- CHASSANI, Pierluigi. *Interpretazione della legge: normativismo-emanicista, positivismo, giurichien-positivista*. Studi in memoria di Giovanni Zerbino, vol. II. Milano: Giuffrè, 1990, p. 121-181.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FACCHIN, Luiz Edison. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos crimes dos delitos: delitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GALLIPPO, 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.
- GRACI, Emos 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. *Interpretazione del documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Lindy, 2004.
- HAACK, Susan. *O universo pluralista do direito: em direção a um pragmatismo jurídico neo-clássico*. *Diritto, Estado e Sociedade*, n. 33. Rio de Janeiro, jul.-dez. 2008, p. 161-98.
- HAACK, Susan; LANF, 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.
- HAFT, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, passim.
- HESPANHÁ, 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: WW 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.
- MATA, António Cavaliante. *Notas sobre direito e argumentação*. In: CAMARGO, Margarida Lacombe (Org.). 1988-1998: uma década de constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MONTEFRI, Pier Giuseppe. “All this and so much more”: crítica à hermenêutica e non interpretivismo. In: PALAZZO, António (Coord.). *Interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*. Napoli: ESI, 2001.

- MONNATERI, Peter Giuseppe. *Interpretação del diritto. Digesto delle discipline positivistiche*. v. X. Torino: UTET, 1983, p. 37.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NEGREIRAS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação — A nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 5. ed. Napoli: ESI, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. *Tavola rotonda e sintesi conclusiva*. In: PALAZZO, Antonio (Coord.). *Interpretação della legge alle soglie del XXI secolo*. Napoli: ESI, 2001. POSSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 7. ed. New York: Aspen, 2007.
- RACAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulador jurídico, racionalidade econômica e saneamento básico*. Tese de doutorado. UERJ, 2008.
- RIZZO, Vito. *Interpretação dei contratti e relatività delle sue regole*. Napoli: ESI, 1985.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia? Casos em 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, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro, Lunen Jurs, 2007.
- SCHLESINGER, Piero. *Interpretação della legge civile e passi delle corte*. *Revista di diritto civile*, ano XVII, parte prima, Padova, 2002, p. 931-44.
- SHOOK, John R.; MARGOLIS, Joseph. *A companhia so programada*. *Harvard Business Review*, 1993.
- SOUZA, José Geraldo. *Introdução crítica ao direito*. Brasília: UnB, 1993.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de; MALA, Antonio Cavalcanti. *Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy*. In: PERKINHO, M. M. et al. (Org.). *Os princípios da constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2006, p. 57-99.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- STRUGHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aderida da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STRUGHINER, Noel. *Posturas interpretativas e modelagem estrutural: a linguagem (construções) do formalismo jurídico*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 1. III.
- WIJACKER, Franz. *Historia do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

## SITUAÇÕES JURÍDICAS PATRIMONIAIS: FUNCIONALIZAÇÃO OU COMUNITARISMO?

Daniel Bicar

Doutor e Mestre em Direito Civil pelo Unesp, e doutor em Ciências da Saúde do Rio de Janeiro. Exerce a função de Diretor Civil pela Clínica em Regiões do Caririense. Professor de Direito Civil na UnB e do IUPERJ.

Daniela de Carvalho Maciel

Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUCSP, com honras e Bolsista em Conselho de Desenvolvimento em Direito de Família e Sucessões, Alagoas.

**Síntese:** 1. Introdução. 2. Liberalismo e certo unitarismo: a dicotomia histórica. 3. Função liberal da função social das situações patrimoniais. 3.1. Uma nova sobre a doutrina administrativa: o interesse público. 4. Concepções não liberais da função social das situações patrimoniais. 5. Conclusão: A função social é expressão do comunitarismo contemporâneo? 6. Conclusão.

### 1. INTRODUÇÃO

A previsão da função social da propriedade na Constituição da República (artigos 5º, XIII, 170, III) e, posteriormente, a mesma função como limite da liberdade de contratar no Código Civil (artigo 421) suscita, em doutrina, o debate acerca da extensão interpretativa que deve ser conferida ao termo, cujo próprio conceito ainda atira alguma incerteza.<sup>1</sup>

A denominada Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19), por sua vez, deixou passar a oportunidade de melhor definir a referida função,<sup>2</sup> preocupando-se, na realidade, em apresentar reflexivamente à intervenção da liberdade contratual, cuja urgência, em contratos paritários, pouco se vê na experiência brasileira. De toda forma, permanece o desafio no delineamento da função social, que continua como limite da própria liberdade contratual no referido artigo 421 do Código Civil.

Como medida de superação da ótica jurídica individualista,<sup>3</sup> a discussão encerra, em verdade, confronto que se confunde com a origem da própria ideia de ordenamento jurídico e traz ao ambiente de discussões duas antigas vertentes de pensamento moderno: de um lado, os liberais e, de outro, os chamados comunitaristas. Ao passo que liberais

1. SCHAFER, Anderson. *Função social da propriedade na França Jurisprudencial Brasileira*. *Direito Civil e Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 245.

2. TEPEDINO, Gustavo. *A MP da liberdade econômica e o direito civil*. *Revista Brasileira de Direito e do Trabalho*, v. 20, p. 12, abr/jun, 2019.

3. TEPEDINO, Gustavo. *Conceitos Constitucionais da Propriedade Privada*. *Temas de Direito Civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 341.