

## **Disciplina DCV0521 – Questões Atuais de Direito Privado I**

### **Grupo:**

**Fernando Henrique Saboia Silva - NUSP 10775376**

**Marcela Assef – NUSP 10777207**

**Nathalia Caroline Santos Silva – NUSP 10805708**

**Pedro Leal Pazzini da Silva – NUSP 10828666**

### **SEMINÁRIO II: Métodos de Interpretação**

**Referência: ALPA, Guido, Trattato di diritto civile – Storia, Fonti, Interpretazione, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 206-242.**

## **1. Introdução**

As primeiras referências de um estudo sistemático acerca das estratégias ou métodos de interpretação das normas surgem, justamente, no período Justiniano. Anteriormente, no próprio direito romano, não há indícios de um estudo sistemático acerca do tema, já que os juristas romanos eram extremamente práticos e a discussão acerca de métodos genéricos e aplicáveis de interpretação do direito era demasiadamente teórica para tais juristas.

Guido Alpa ressalta que diversas discussões surgiram a partir desta semente lançada no período justiniano para que diversos juristas (alemães, italianos, dentre outros) criassem a partir de diversos conceitos jurídicos corriqueiros hodiernamente (ilicitude, dolo, jurisprudência, etc) o conceito da “teoria da argumentação”. O autor discute nas seções seguintes as principais vertentes ou escolas de interpretação do direito que permitem uma sistematização para que os juristas consigam fazer a subsunção do fato à regra.

## **2. Direito natural na perspectiva estóica, direito positivo e direito "puro".**

O autor Guido Alpa indica neste capítulo o contexto pós publicação de obra de Leo Strauss, que fora traduzida para o italiano em 1957. O ambiente de críticas surgia em razão da aplicação do ponto de vista filosófico do direito natural, que estaria está atrelado à sua concepção relativa. Naquele momento, a cultura laica e liberal se reconstruía, num ambiente maniqueísta de críticos e defensores do “direito natural”. De um lado, o pensamento do direito natural era tendência de católicos, sendo, de certa forma, incompatível com pensamentos laicos.

Em seguida, no campo jurídico, indica que as Repúblicas e seus primeiros constituintes se prestaram a utilizar expressões como “invioláveis”, “inalienáveis” ou “fundamentais”, ainda que sem a expressão “direito natural” que conflitaria com a técnica, justamente inspirados pelo ideal de direito natural, entendido como princípios de regras imutáveis, eternas e primordiais. Indica que a interpretação dos juristas à época, seria dúplice: ou a norma que reconhece o direito natural, ou é ela que permite o exercício de direitos fundamentais nos termos previstos.

Assim, na época de Strauss, discutir direito natural era tomar partido, e ele restou taxado como infantil, ignorante, banal e que odiaria Kelsen, que defendia que a vontade do déspota como originadora da ordem do comportamento humano (cuja defesa problemática e perigosa já que suportaria a legitimidade de regras impostas por um tirano).

Guido Fassò teria se dedicado a criticar o escrito por Strauss, questionando a diferença entre direito e “direitos naturais”, e seus significados, já que Strauss utilizara “direito” objetivo positivo e “direito natural” (que determina o que é certo e errado por natureza, em todo lugar e a todo tempo) sem critério (mas o que foi entendido pelo autor como intencional). Fassò, então, defende que Strauss não indicava um direito natural de uma lei divina, mas sustentava um direito natural de liberdades individuais numa corrente estadunidense, sem critério algum de definição ou interpretação, ou quais seriam esses direitos.

Segue para discorrer sobre Norberto Bobbio e dois ensaios que comenta Strauss. No primeiro, critica a vagueza e indeterminação da lei natural, fundada na teologia, e que se confunde com as leis da natureza científicas. A derivação de valores que se confunde com regras de observação de fatos, figurando como conservadora e oposta ao progresso social. No segundo ensaio, diz que o direito natural não seria como o positivo, já que ineficaz, e não garantiria a paz ou segurança, perdendo espaço para o direito positivado. Destaca a impossibilidade de definição de direito natural, de modo que, na prática, existem “direitos” opostos e discordâncias entre teóricos sobre o que é certo e justo em cada caso. Já em debates, Bobbio expôs que o direito natural seria teoria de moralidade insustentável, que tem função histórica à medida que é absorvido por correntes de pensamentos, e permitiu a proteção dos cidadãos dos Estados. Em outra crítica, implicou que a ideia de direito natural de que para ser válido deve ser justo, seria indício de positivismo, haja vista que divide o que é direito e o que é moral. Ora, o pensamento de Kelsen e o positivismo estudava extensamente o que é direito e o que a natureza, separando um do outro, configurando a característica coercitiva de direito.

No contexto, e como conclusão, entende que a obra de Strauss apenas poderia ser apreciada ou criticada com alguma suspeita, pelos vieses existentes à época.

Para Guido Alpa, o direito natural suscita discussões até os dias atuais, com a multiplicação das convenções internacionais sobre direitos humanos e debate sobre os princípios éticos que norteiam a sociedade moderna.

O autor também ressalta a relevância do tema com a intensificação do debate sobre a bioética, que contribuiu para a visão moderna sobre o direito natural. O direito natural moderno difere do clássico na medida em que o último identifica o direito com a justiça e o primeiro acentua suas diferenças. O autor conclui que o direito positivo não é suficiente para satisfazer a necessidade de justiça. Apesar do direito natural não constituir uma panacéia, continua a constituir um referente, uma aspiração, um fim.

### **3. O método axiomático ou a lei dos "valores", o método formalista e sistemático.**

Para o autor italiano, no método axiomático, ou método dos valores, há que se observar quais valores sociais se encontram positivados na Constituição e utilizá-los na interpretação das normas. Ressalta Alpa que valores sociais devem se sobrepor aos valores subjetivos do intérprete, construindo-se, dessa maneira, limites ao arbítrio do intérprete.

Já no método sistemático, não se deve interpretar as normas individualmente, mas sim a partir da consciência e análise que as mesmas compõem um sistema jurídico, dotado de outras normas. Somente a partir da análise do papel e relação das normas neste sistema é que é possível realizar a sua correta interpretação.

#### **4. O método jurídico-realista.**

O método de interpretação jurídico-realista entende que o direito não é descolado da realidade e da sociedade, e, portanto, somente uma interpretação das normas vinculadas à realidade social pode, de forma correta, realizar a subsunção do fato à norma. Existem algumas escolas que realizam esta espécie de interpretação das normas jurídicas, mas de formas distintas. O autor destaca, em seu texto, as escolas de interpretação jurídico-realista escandinava, norte-americana e italiana.

#### **5. O método normativo baseado em princípios.**

O autor faz referência à obra de Josef Esser publicada em 1956 sobre a influência do princípio e norma na formação jurisprudencial do direito privado.

##### **5.1. Considerações preliminares.**

O propósito da obra de Esser é atribuir algum sentido e racionalidade aos princípios que são, naturalmente, conceitos vagos, com diversos significados, e, portanto, suscetíveis ao arbítrio interpretativo. Tal problema interpretativo é perceptível em todos os ordenamentos jurídicos que compartilham cultura semelhante.

Segundo Esser, os princípios ocupam lugar diferenciado em um sistema funcional, pois são expressos segundo uma escala axiológica e podem ser reduzidos a um denominador mínimo comum universalmente utilizável e axiomas obtidos através do método da dedução. O seu fundamento natural é a jurisprudência, uma vez que os princípios servem como guia para a criação do direito pelo juiz.

##### **5.2. Conceito e natureza dos princípios gerais do direito.**

Em sua obra, Esser apresenta uma construção teórico-sistemática dos princípios, diferente da concepção sociológico-realista comum na doutrina, que enxerga os princípios apenas como imperativos morais. Para Esser, existem os princípios do direito atual e os princípios gerais que são repetidamente aplicados pela jurisprudência para solução de casos semelhantes. O autor também apresenta dois conceitos de sistema: (a) sistema fechado, proveniente de uma

lógica aristotélica segundo a qual o princípio é interpretado pela dedução; e (b) sistema aberto, dotado de normas contendo cláusulas gerais e normas em branco.

Esser apresenta três categorias de princípios: (a) axiomáticos, como a liberdade contratual e força obrigatória dos contratos; (b) problemáticos ou ideias básicas no sentido retórico, como o enriquecimento; e (c) dogmáticos, como a distinção entre negócio jurídico causal e abstrato e a acessoriedade das garantias.

Conclui-se, portanto, que não há hierarquia entre os princípios, tampouco estes podem ser classificados como um preceito jurídico ou norma no sentido tradicional, pois não expressam um comando, mas orientam a decisão do juiz. O trabalho da jurisprudência é o de renovar a tradução dos valores éticos substanciais em valores jurídicos formais ou institucionais.

### **5.3. A importância dos princípios constitucionais positivos na criação jurisprudencial.**

Esser traça uma distinção entre os princípios considerando sua função: (a) princípios imanentes, que são aqueles que os juristas vislumbram nas disposições fundamentais de um ordenamento jurídico; e (b) princípios informativos, que servem de guia ao intérprete. Para o autor, há uma tensão entre os princípios, embora de origem e funções distintas. O autor também conclui que os princípios podem expressar valores antagônicos e não podem ser escritos.

### **5.4. Tenta classificar os princípios. A classificação funcional e comparativa.**

Esser propõe a seguinte classificação racional entre os princípios: (a) princípios institucionalmente eficazes, ou seja, aqueles que se materializam em instituições positivamente reconhecidas como o enriquecimento, a responsabilidade por culpa, o dever de colaboração, a inversão do ônus da prova; (b) princípios construtivos, que servem para a formação de novas regras judiciais, são informativos, como o abuso do direito, o risco na responsabilidade civil. Esser também classifica os princípios em princípios de direito (sentido substantivo) e princípios jurídicos (diretrizes).

### **5.5. A classificação segundo as formas de pensamento (axiomas, problemas).**

A abordagem histórica vê os princípios como base para o próprio nascimento do direito objetivo a partir da experiência jurisprudencial. Ainda é diferente a distinção entre princípios de justiça e princípios jurídicos. *In casu*, Esser enfatiza que tanto os princípios do direito quanto os princípios da técnica de aplicação devem ser considerados como um todo, como princípios gerais de igual valor e igual dignidade.

Noutras palavras, princípios técnicos, interpretativos, mesmo que apareçam como regras rotineiras, criadas por praticantes, são sempre princípios de direito.

### **5.6. A relação entre princípio, norma, e fontes do direito.**

Os princípios do direito são regras de direito positivo ou apenas guias interpretativos? Abem da verdade, princípios são fontes de conhecimento do direito.

Nos ordenamentos jurídicos codificados, os princípios adquirem, aos olhos do legislador e do intérprete, um papel marginal. Assim, são considerados como ferramentas complementares, utilizadas para preencher as lacunas do ordenamento jurídico.

No entanto, os princípios do direito comum cumprem uma tripla função: (i) são o ponto de partida do raciocínio jurídico, necessariamente problemático, e são necessários na casuística retórica; (ii) são a regra do caso concreto; (iii) são a recapitulação heurística da ratio iuris, ou seja, a apuração do direito positivo.

Vale destacar que os princípios dominam a interpretação da norma e da regra, ou seja, orientam a pré-seleção e o reconhecimento dos fatos juridicamente relevantes na situação dada.

### **5.7. O papel da doutrina.**

A doutrina também exprime uma força legislativa, ela se limita a oferecer ao legislador e ao juiz os elementos formativos de normas, princípios, de conceitos, categorias e ideias e métodos sistemáticos. Neste sentido, oferece o arcabouço das ideias e do modo de pensar na prática.