

R. LIMONGI FRANÇA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

2.^a edição, revista e ampliada
1988

 editora
SARAIVA

F883h França, R. Limongi, 1927-
2. ed. Hermenêutica jurídica / R. Limongi França. — 2. ed. rev. e ampl. — São Paulo : Saraiva, 1988.

Edição anterior tem o título: Elementos de hermenêutica e aplicação do direito.

Bibliografia.

1. Direito positivo 2. Hermenêutica (Direito) I. Título.

CDU-340.132.6
-340.13

87-2587

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito aplicado 340.13
2. Direito positivo 340.13
3. Hermenêutica jurídica : Direito 340.132.6
4. Interpretação jurídica : Direito 340.132.2
5. Normas jurídicas : Aplicação 340.13
6. Normas jurídicas : Integração 340.13

Nº 0569

 editora
SARAIVA

Matriz

São Paulo-SP — Av. Marquês de São Vicente, 1087 — CEP 01139 — Barra Funda — Tel: (011) 826-8422

Filiais

Belo Horizonte-MG — R. Cella de Souza, 571 — CEP 30.000 — Sagrada Família — Tel: (031) 461-9862

Curitiba-PR — Rua Nunes Machado, 1577 — CEP 80.000 — Rebouças — Tel: (041) 234-2622

Porto Alegre-RS — Av. Chicago, 307 — CEP 90.000 — Floresta — Tel: (0512) 43-2986

Rio de Janeiro-RJ — Av. Marechal Rondon, 2231 — CEP 20.960 — Sampaio — Tel: (021) 201-7149

Distribuidores e Representantes

• Bauru: 23-1357 • Belém: 222-8034 • Brasília: 226-3722 • Campinas: 32-8880 • Campina Grande: 321-4886
• Campo Grande: 362-3882 • Fortaleza: 227-9888 • Goiânia: 225-2882 • Governador Valadares: 21-9010
• Londrina: 23-3320 • Macaé: 223-6228 • Manaus: 234-4884 • Recife: 231-1784 • Ribeirão Preto: 634-0646
• Salvador: 244-0139 • São José do Rio Preto: 32-4635 • São Luís: 222-8863 • Vitória: 223-8378

A memória do
Professor Doutor *Fernando Pereira Sodero*,
prócer do Direito Agrário em nosso País,
amigo fidelíssimo,
colega exemplar,
batalhador incansável,
exemplo para todos nós
e para as gerações futuras,
dedica e consagra

o Autor.

PRINCIPAIS OBRAS JURÍDICAS DO AUTOR

I — Idealização, planejamento e coordenação da *Enciclopédia Saraiva do Direito*. 78 v.

II — Idealização, planejamento e coordenação da *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. 36 v.

III — *Manual de direito civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais:

Vol. 1 — Parte geral e direitos da personalidade. 4. ed. 1980.

Vol. 2 — Tomo 1 — Institutos de proteção à personalidade e direitos de família. 1972.

Vol. 2 — Tomo 2 — Direito das heranças. 1972.

Vol. 3 — Direitos reais. 1971.

Vol. 4 — Tomo 1 — Doutrina geral das obrigações. 2. ed. 1976.

Vol. 4 — Tomo 2 — Contratos e obrigações extracontratuais. 1969 (esgotado).

IV — Outros livros

1. *A proteção possessória dos direitos pessoais e o mandado de segurança*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1949 (esgotado).

2. *Do nome civil das pessoas naturais*. 3. ed. aum. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

3. *Brocardos jurídicos — As regras de Justiniano*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976 (esgotado).

4. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.

5. *A posse no Código Civil*. São Paulo, Bushatsky, 1964 (esgotado).

6. *Direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968 (esgotado).

7. *Formas e aplicação do direito positivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1969 (esgotado).

8. *O direito, a lei e a jurisprudência*. Revista dos Tribunais, 1974.

9. *Manual prático das desapropriações*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1975 (esgotado).

10. *Unificación del derecho obligacional y infratual latinoamericano*. Ed. trilingüe (esp., port. e fr.). Revista dos Tribunais, 1977.

11. *A denúncia vazia no contrato de locação*. Saraiva, 1977 (esgotado).

12. *A Lei do Divórcio comentada e documentada*. Saraiva, 1978 (esgotado).

13. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. Revista dos Tribunais, 1982.

14. *Questões práticas de direito civil*. Saraiva, 1982.

15. *Comentário à Lei do Divórcio*. 1. ed. Belém, CEJUP, 1984; 2. ed. (no prelo).

16. *Elementos de hermenêutica e aplicação do direito*. 1. ed. Saraiva, 1984.

17. *Instituições de direito civil*. Saraiva, 1988.

18. *Hermenêutica jurídica*. 2. ed. Saraiva, 1988.

V — Separatas e Estudos Menores

1. O problema jurídico da homonímia. *RT*, 287:52.

2. A questão das garagens no condomínio de apartamentos. *RT*, 288:51.

3. Do vício redibitório. *RT*, 292:60.

4. Contrato preliminar. *RT*, 297:55.

5. Direito natural e direito positivo. *Rev. da PUC-SP*, 1961.

6. Técnica do direito. *Rev. da PUC-SP*, 1962.

7. Notas sobre a incapacidade absoluta. *Rev. da PUC-SP*, 1963.

8. Das formas de expressão do direito. *RT*, 354:3.

9. Importância e atualidade do direito romano. *Rev. Fac. Dir. SP*, 1965.

10. O professor de direito. *Digesto Econômico*, 192:67.

11. O Código Civil brasileiro. *RT*, 384:7.

12. Institutos de proteção à personalidade. *RT*, 391:20.

13. Do matrimônio como fato jurídico. *RT*, 398:19.

14. O antigo e o novo Estatuto da Adoção. *Rev. Fac. Dir. SP*, 1968.

15. Comoriência e vocação hereditária. *RT*, 403:49.

16. Os direitos reais. *Rev. Fac. Dir. SP*, 1970.

17. A jurisprudência como direito positivo. *Rev. Fac. Dir. SP*, 1971.

18. Forma da constituição do matrimônio. *Rev. Fac. Dir. SP*, 1972.

19. Retificação de nome civil. *RT*, 457:49.

20. II Mercato Comune e l'unificazione del diritto latino-americano. *Rev. Fac. Dir. SP*, 1973.

21. Alienação do imóvel compromissado. *RT*, 489:50.

22. Promessa de venda e purgação da mora. *Rev. Dir. Civil*, n. 2.

23. Rescisão de contrato e inaplicabilidade de normas processuais a assunto de direito material. *RT*, 556:41.

24. O direito civil e o processo. *Rev. Fac. Dir. SP*, 76:445.

25. Coordenadas fundamentais dos direitos da personalidade. *RT*, 567:9.

26. As raízes da responsabilidade aquiliana. *RT*, 577:9.

27. Obrigação de fazer e indenização por danos. *RT*, 590:47.

28. Alteração de prenome composto. *RT*, 596:44.

29. Benefícios previdenciários à concubina diante do Estatuto do Divórcio. *Revista do Ministério Público do R. G. do Sul*, novembro, 15-16, p. 7.

30. A responsabilidade civil no Código do Japão, comparado com o do Brasil. *Revista da Fac. de Direito da Universidade de Uberlândia*, 14(1):65.

VI — Participação em coletâneas jurídicas, nacionais e internacionais

1. Direito natural e direito positivo. In: *Estudos jurídicos do cinquentenário da Revista dos Tribunais*.

2. Exposición preliminar sobre la unificación del derecho obligacional y contratual latinoamericano. In: *Symbolae García Arias*, "Estudios" da Revista *Temis*. Zaragoza, 1973/1974.

3. Da irretroatividade das leis no direito romano. In: *Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik — Festschrift Hermann Eichler*. Wien, 1977.

4. Da indenização do expropriado. In: *Direito administrativo aplicado e comparado* (estudos em homenagem a Manoel de Oliveira Franco Sobrinho). Resenha Universitária, 1979.

5. Os alicerces do direito obrigacional. In: *Estudos jurídicos*, em honra de Orlando Gomes. Forense, 1979.

6. O direito científico enquanto regra. In: *Direito do trabalho*, em honra de Cesarino Júnior. LTr., 1981.

7. A realidade e os caminhos do direito intertemporal. In: *Estudos jurídicos*, em homenagem a Haroldo Valladão. Freitas Bastos, 1983.

8. O direito ao pseudônimo. In: *Estudos jurídicos*, em homenagem a Caio Mário da Silva Pereira. Forense, 1984.

9. As raízes da responsabilidade aquiliana. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 1, p. 54.

10. Direitos da personalidade. *Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, n. 2, p. 45.

11. Teoria da posse. In: *Posse e propriedade*. Coord. Yussef Said Cahali. Saraiva, 1987.

VII — Colaboração no *Repertório enciclopédico do direito brasileiro* — 9 verbetes nos v. 25, 30, 31, 33, 34, 38 e 45.

VIII — Colaboração na *Enciclopédia Saraiva do Direito* — 273 verbetes publicados ao longo dos 78 volumes.

IX — Legislação

1. *Legislação dos Registros Públicos*. Revista dos Tribunais, 1977.

2. *Legislação do condomínio*. Revista dos Tribunais, 1977.

X — Jurisprudência sistematizada

1. *Jurisprudência dos contratos*. Revista dos Tribunais, 1977 (esgotado).

2. *Jurisprudência do condomínio*. Revista dos Tribunais, 1977 (esgotado).

3. *Jurisprudência do usucapião*. Revista dos Tribunais, 1979 (esgotado).

4. *Jurisprudência das ações possessórias*. Revista dos Tribunais, 1979 (esgotado).

5. *Jurisprudência da prescrição e decadência*. 1979.

6. *Jurisprudência do compromisso de compra e venda*. Revista dos Tribunais, 1980.

7. *Jurisprudência das sociedades comerciais*. Revista dos Tribunais, 1980.

8. *Jurisprudência dos alimentos*. Revista dos Tribunais, 1980.

9. *Jurisprudência dos direitos da mulher casada*. Revista dos Tribunais, 1980.

10. *Jurisprudência do mandado de segurança*. Revista dos Tribunais, 1981.

11. *Jurisprudência da responsabilidade civil*. Revista dos Tribunais, 1981.

12. *Jurisprudência da cambial*. Revista dos Tribunais, 1981.

13. *Jurisprudência da irretroatividade e do direito adquirido*. Revista dos Tribunais, 1982.

14. *Jurisprudência da compra e venda*. Revista dos Tribunais, 1983.

15. *Jurisprudência da prova*. Revista dos Tribunais, 1983.

16. *Jurisprudência da separação e do divórcio*. Revista dos Tribunais, 1983.

17. *Jurisprudência da correção monetária*. Revista dos Tribunais, 1984.

18. *Jurisprudência da locação e do despejo*. Revista dos Tribunais, 1984.

19. *Jurisprudência da renovatória*. Revista dos Tribunais, 1984.

20. *Jurisprudência dos inventários e partilhas*. Revista dos Tribunais, 1984.

21. *Jurisprudência da aplicação da lei penal*. Revista dos Tribunais, 1985.

22. *Jurisprudência do concubinato*. Revista dos Tribunais, 1985.

23. *Jurisprudência da filiação ilegítima e da investigação de paternidade*. Revista dos Tribunais, 1986.

24. *Jurisprudência do seguro*. Revista dos Tribunais, 1986.

25. *Jurisprudência das execuções*. Revista dos Tribunais, 1986.

26. *Jurisprudência das nulidades dos atos jurídicos*. Revista dos Tribunais, 1986.

27. *Jurisprudência da apelação*. 1987.

28. *Jurisprudência dos recursos*. 1987.

29. *Jurisprudência da cláusula penal* (no prelo).

XI — Coleção prática

1. *Manual prático das desapropriações*. Forense, 1987.

2. *Manual prático do condomínio* (no prelo).

3. *Manual prático da posse e das ações possessórias* (no prelo).

PLANO

1.ª Parte

HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

- Cap. I — Noções gerais de hermenêutica e interpretação
- Cap. II — Sistemas interpretativos
- Cap. III — Regras de interpretação ou hermenêutica

2.ª Parte

APLICAÇÃO OU INTEGRAÇÃO DO DIREITO

- Cap. I — Noções gerais de aplicação ou integração
- Cap. II — Meio normal de aplicação ou integração
- Cap. III — Meios especiais: A) Analogia
- Cap. IV — Meios especiais: B) Equidade

CONCLUSÕES

Apêndice

FORMAS DE EXPRESSÃO DO DIREITO POSITIVO

ÍNDICE ANALÍTICO

1.^a PARTE

HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Cap. I —	Noções gerais de hermenêutica e interpretação ..	21
1.	Conceito de <i>hermenêutica e interpretação</i> ...	21
2.	Crítérios para a classificação das <i>espécies</i> de interpretação	23
3.	Espécies quanto ao <i>agente</i>	24
4.	Espécies quanto à <i>natureza</i>	26
5.	Espécies quanto à <i>extensão</i>	30
Cap. II —	Sistemas interpretativos	33
1.	Noção e espécies de <i>sistemas interpretativos</i> . ..	33
2.	Sistema <i>dogmático</i>	34
3.	Sistema <i>histórico-evolutivo</i>	35
4.	Sistema da <i>livre pesquisa</i>	37
Cap. III —	Regras de interpretação ou hermenêutica	41
1.	<i>Espécies</i> de regras	41
2.	Regras <i>legais</i>	41
3.	Regras <i>científicas</i>	45

A) Regras de <i>Justiniano</i>	45
B) Regras do direito atual	47
4. Regras da <i>jurisprudência</i>	48
5. Regras propostas <i>pelo autor</i>	50

2.^a PARTE

APLICAÇÃO OU INTEGRAÇÃO DO DIREITO

Cap. I — Noções gerais de aplicação ou integração	53
1. <i>Conceito</i> de aplicação ou integração	55
2. <i>Fases</i> da aplicação ou integração	55
3. <i>Sistemas</i> de aplicação ou integração	56
Cap. II — Meio normal de aplicação ou integração	59
1. Consideração preliminar	59
2. Identificação do <i>meio normal</i> de integração.	60
Cap. III — Meios especiais: A) Analogia	63
1. <i>Conceito</i>	63
2. Analogia, indução e interpretação extensiva.	64
3. Modalidades	64
4. Requisitos	65
5. Limites	66
Cap. IV — Meios especiais: B) Equidade	69
1. <i>Conceitos</i> de equidade	69
A) Primeira acepção	70
B) Segunda acepção	71
C) Terceira acepção	71
D) Quarta acepção	72
E) Quinta acepção	72
2. <i>Espécies</i> de equidade	72
3. A equidade no <i>direito positivo</i>	74

A) Textos expressos	74
B) Textos de <i>referência indireta</i>	75
C) Textos <i>gerais</i>	76
4. Requisitos da equidade	77
CONCLUSÕES	79

APÊNDICE

Formas de expressão do direito positivo	83
1. Importância do estudo das chamadas <i>fontes</i> do sistema do direito positivo	83
2. Importância do estudo da técnica de interpretação e de integração do sistema do direito positivo	85
3. A doutrina das fontes, segundo a escola histórica. Savigny e Puchta	86
4. Estudos contemporâneos especialmente realizados sobre a matéria	89
5. Obra de Gény	89
6. A contribuição dos publicistas	90
7. Brêthe da la Gressaye e Laborde-Lacoste	92
8. Improriedade da expressão <i>fonte</i> , para designar os modos de expressão do direito	93
9. A idéia de <i>fonte formal</i>	94
10. Ahrens e Fernandes Elias	95
11. Necessidade da distinção entre <i>fonte</i> e <i>forma</i> do direito	96
12. Classificação das formas de expressão do direito positivo	97
13. Fontes históricas	98
14. Fontes genéticas	100
15. Fontes instrumentais	102
16. Fontes formais (impropriamente chamadas) ou formas de expressão do direito positivo. Classificação segundo o critério da natureza da coercitividade ..	103
17. Outros critérios	110
<i>Bibliografia</i>	111

1.^a Parte

Hermenêutica e Interpretação do Direito

Capítulo I

Noções Gerais de Hermenêutica e Interpretação

1. *Conceito de hermenêutica e interpretação.* 2. *Critérios para a classificação das espécies de interpretação.* 3. *Espécies quanto ao agente.* 4. *Espécies quanto à natureza.* 5. *Espécies quanto à extensão.*

1. Conceito de *hermenêutica e interpretação*

A interpretação da lei, conforme o ensinamento de Fiore, é a operação que tem por fim “fixar uma determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador”¹.

Assim, como bem assinala Carlos Maximiliano, ela não se confunde com a *hermenêutica*, parte da ciência jurídica que tem por objeto o *estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize*, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira². A interpretação, por-

1. Pasquale Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, trad. E. A. de Paz, 3. ed., Madrid, 1927, p. 564; cf. Savigny, *Sistema*, v. 2., § 32, p. 315 e s.; Beviláqua, *Teoria geral do direito civil*, § 35; Mello Freire, *Patrii juris hermeneutica, historia juris civilis Lusitani*, Coimbra, 1853, p. 139; Paula Baptista, *Hermenêutica jurídica*, in *Processo civil e comercial*, 8. ed., 1935, p. 295; Alípio Silveira, *Hermenêutica no direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, 1968, 2 v.

2. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 4. ed., 1947, p. 14.

→ tanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais.

Quando se fala em hermenêutica ou interpretação, advirta-se que elas não se podem restringir tão-somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, é *ao direito* que a lei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança.

→ No passado, nem sempre essa possibilidade foi conferida ao intérprete. No terceiro prefácio ao *Digesto*, o Imperador Justiniano determinou que quem ousasse tecer comentários interpretativos à sua compilação incorreria em crime de falso e as suas obras seriam seqüestradas e destruídas³. Modernamente, porém, é de reconhecimento geral a possibilidade de serem as leis interpretadas, pois, constituindo elas *commune praeceptum*, é evidente que a sua fórmula genérica e concisa deve de ser devidamente esmiuçada para melhor adequação aos casos concretos.

3. Justiniano, De confirmatione digestorum, in *Corpus Juris Civilis*, § 21, in fine: *Itaque quisquis ausus fuerit ad hanc nostram legum compositionem commentarium aliquot adjicere... is sciat, quod et ipsi falsi reo legibus futuro, et quod composuerit, eripicitur, et modis omnibus corrumpetur*. A tradução é a seguinte: "Assim, quem quer que seja que tenha a ousadia de aditar algum comentário a esta nossa coleção de leis... seja cientificado de que não só pelas leis seja considerado réu futuro, como também de que o que tenha escrito se apreenda e de todos os modos se destrua".

→ O próprio brocardo — *in claris cessat interpretatio* — a despeito da respeitável opinião de alguns autores⁴, não pode ser acatado em seus estritos termos, senão com o sentido de que não se deve exagerar no esmiuçamento de determinações legais aparentemente claras. Entretanto, uma vez que disso se acautele, nada impede que o intérprete decomponha e estude os termos de disposições que tais, pois semelhante indagação, se feita com equilíbrio, só pode resultar na melhor compreensão e na mais adequada observância da lei⁵.

2. Critérios para a classificação das espécies de interpretação

Depois de havermos examinado as classificações propostas pelos diversos autores⁶, chegamos à conclusão de que a interpretação das leis apresenta várias espécies, que se interpenetram e reciprocamente se completam, podendo ser divididas segundo três critérios fundamentais:

→ a) quanto ao *agente* de interpretação, isto é, com base no órgão prolator do entendimento da lei;

→ b) quanto à *natureza*, noutras palavras, tendo como fundamento os diversos tipos de elementos contidos nas leis e que servem como ponto de partida para a sua compreensão e, finalmente,

4. Como observa Carlos Maximiliano, o próprio conceito de clareza é relativo, pelo que aí está configurada a petição de princípio (*Hermenêutica*, cit., p. 51-8).

5. Laurent, comentando um artigo do Código de Napoleão, diz mesmo que a interpretação *est toujours necessaire* (v. *Principes du droit civil français*, 3. ed., v. 1, p. 339).

6. Savigny, Fiore, Maximiliano, Serpa Lopes e outros.

c) quanto à *extensão*, quer dizer, com base no alcance maior ou menor das conclusões a que o intérprete chegue ou tenha querido chegar.

3. Espécies quanto ao agente

Quanto ao *agente* a interpretação pode ser:

- 1) *pública*; ou
- 2) *privada*.

Pública, a que é prolatada pelos órgãos do Poder Público, quer do Legislativo, quer do Executivo, quer do Judiciário.

Privada, a que é levada a efeito pelos particulares, especialmente pelos técnicos da matéria de que a lei trata, e ora se encontra nos chamados “comentários”, ora nas obras de exposição sistemática, em meio a cujo texto, a cada passo, reponta a interpretação ⁷.

A interpretação pública é geralmente dividida pelos autores em duas subespécies:

- a) a *autêntica*; e
- b) a *judicial*.

Autêntica é a oriunda do próprio órgão fautor da lei, levada a efeito mediante a confecção de diplomas interpretativos, que, como é sabido, valem lei nova ⁸.

7. Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, 2. ed., 1957, v. 1, p. 131; Paula Baptista, *Hermenêutica jurídica*, in *Processo civil*, cit., p. 206 e s.

8. Lei de Introdução, art. 1.º, §§ 3.º e 4.º. Autores como Windscheid, Enneccerus e outros não admitem a interpretação autêntica. Por outro lado, observa Eduardo Espínola que os trabalhos preparatórios da lei não constituem interpretação autêntica (*Sistema do direito civil brasileiro*, 3. ed., 1938, v. 1, p. 187).

Judicial é a que é realizada pelos órgãos do Poder Judiciário.

Esta espécie de interpretação está intimamente entrosada com o problema da jurisprudência como forma de expressão de direito. Na verdade, em certos casos, conforme as características que apresenta, ela pode enquadrar-se no conceito de *costume judiciário*, passando a possuir efeito vinculativo.

Uma terceira variedade de interpretação pública tem sido olvidada pelos doutrinadores, a saber, a *administrativa*, realizada por órgãos do Poder Público que não são detentores do Poder Legislativo nem do Judiciário.

Por sua vez, a interpretação administrativa pode ser:

- a) *regulamentar*; ou
- b) *casuística*.

Regulamentar, a que se destina ao traçado de normas gerais como a grande massa dos decretos, portarias etc., em relação a certas prescrições das leis ordinárias.

Casuística, a que se orienta no sentido de esclarecer dúvidas especiais, de caráter controversial ou não, que surgem quando da aplicação, por parte dos aludidos órgãos, das normas gerais aos casos concretos.

Finalmente, é de se assinalar como quarta espécie de interpretação pública a *usual*, referida por Savigny como aquela que advém do direito consuetudinário ⁹.

9. Savigny, *Sistema del diritto romano*, v. 2, p. 217. Esta variedade poderá ser considerada como um *tertium genus*, o da interpretação social, que não é exatamente nem pública, nem privada.

Na verdade, como é sabido, há costumes interpretativos ¹⁰.

Quanto à interpretação *privada*, também denominada *doutrinal* ou *doutrinária*, é de se ponderar que está diretamente ligada à questão do direito científico como forma de expressão do direito.

Enquanto, como vimos, ao tempo de Justiniano, estava definitivamente proibida, sob pena de crime de falso, modernamente desfruta de considerável prestígio, de acordo com o renome e a capacidade dos seus prolores.

Embora a interpretação, que se encontra nos comentários e comentários sem destino certo, deva ser a mais acatada, não há dúvida de que aquela contida nos pareceres dos doutos não deixa de apresentar especial significado, sobretudo se se trata de autor reconhecidamente coerente e honesto ¹¹.

4. Espécies quanto à natureza

São as seguintes:

- 1) *gramatical*;
- 2) *lógica*;
- 3) *histórica*;
- 4) *sistemática*.

A interpretação *gramatical* é aquela que, hoje em dia, toma como ponto de partida o exame do significa-

10. V. Código de Direito Canônico, art. 29: "*Consuetudo est optima legum interpres*" — "O costume é ótimo intérprete da lei".

11. Justiniano só admitia a interpretação autêntica, afirmando peremptoriamente: *Si quid enim forte ambiguum fuerit visum vel his qui rebus judicandis praesunt, hoc facultas "illis soli" a legibus permissa est* (De confirm., D., § 21).

do e alcance de cada uma das palavras do preceito legal ¹². É a mais antiga das espécies de interpretação, e tempo houve, no direito romano, em que era a única permitida, pois, como observa Ihering, a importância das palavras era tal que a omissão de uma só delas, no entabulamento de um ato jurídico, podia gerar a sua nulidade ¹³.

Atualmente, porém, esta interpretação, por si só, é insuficiente para conduzir o intérprete a um resultado conclusivo, sendo necessário que os elementos por ela fornecidos sejam articulados com os demais, propiciados pelas outras espécies de interpretação.

A interpretação *lógica* é aquela que se leva a efeito, mediante a perquirição do sentido das diversas locuções e orações do texto legal, bem assim através do estabelecimento da conexão entre os mesmos. Supõe quase sempre a posse dos meios fornecidos pela interpretação gramatical.

Historicamente, está enquadrada num outro momento da evolução da Ciência Jurídica, a partir do qual passa-se a adotar o preceito de doutrina assim expresso na máxima de Celso: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* ¹⁴.

12. Por exemplo, na controvérsia sobre a *posse dos direitos pessoais*, teve grande importância a interpretação da palavra "ou" empregada pelo art. 485 do Código Civil (v. nossa monografia, *A proteção possessória dos direitos pessoais e o mandado de segurança*, 1958, p. 58).

13. Rudolph von Ihering, *O espírito do direito romano*, trad. Rafael Benaion, 1943, v. 3, p. 187 e s.; v., também, Beviláqua, *Teoria*, cit., p. 50.

14. D., I. 3, 17. A tradução é a seguinte: "Conhecer as leis não é compreender as suas palavras, mas o seu alcance e a sua força".

➤ Este tipo de interpretação é fundamental para o conhecimento da *mens legislatoris* (e não da *mens legis*, como querem alguns), pois constitui o principal meio para a descoberta do exato mandamento que o poder estatal prescreveu ao estabelecer a norma jurídica¹⁵.

➤ Chama-se interpretação *histórica* aquela que indaga das condições de meio e momento da elaboração da norma legal, bem assim das causas pretéritas da solução dada pelo legislador.

Dividimo-la em duas subespécies, a saber:

- a) *remota*; e
- b) *próxima*¹⁶.

Uma e outra, no afã de elucidar a *mens legislatoris*, procuram, com os respectivos meios, perquirir, a *ratio legis*, a razão de ser da lei.

➤ A primeira, porém, dirige-se mais ao que chamaríamos *origo legis*, isto é, às origens da lei, cujas raízes se estendem às próprias manifestações primeiras da instituição regulada. Já a segunda se entende mais de perto com o que se denomina *occasio legis*, sendo des-

15. Com efeito, o Estado é mera causa instrumental da norma positiva. Quem efetivamente gera o direito é o *arbitrio das pessoas* investidas da faculdade de legislador. A execução da lei, pois, deve estar de acordo com a intenção dos seus fautores, intenção essa cuja descoberta é o principal dos trabalhos do intérprete. Isto, porém, não elide a conveniência de, por vezes, como quer Alexandre Álvares (*Une nouvelle conception des études juridiques*, p. 172, apud Beviláqua, *Teoria*, cit., p. 58), essa intenção ser adaptada às transmutações da realidade social.

16. Tais espécies de interpretação encontram correspondência na classificação das *fontes históricas* do direito, que igualmente se dividem em *próximas e remotas*.

➤ necessário encarecer a importância do concurso da Sociologia, da Economia, da Política e outras ciências afins, para a consecução do respectivo escopo.

➤ Material de grande significado para a interpretação histórica próxima são as publicações que contêm os debates do Legislativo em torno dos projetos que se tornaram preceito legal.

➤ Por fim, quanto à natureza, a interpretação pode ser ainda *sistemática*, isto é, a descoberta da *mens legislatoris* da norma jurídica pode e deve ser pesquisada em conexão com as demais do estatuto onde se encontra.

Também nesta interpretação surpreendemos dois aspectos diversos:

➤ 1) o de quando é feita em relação à própria lei a que o dispositivo pertence; e

➤ 2) o de quando se processa com vistas para o sistema geral do direito positivo em vigor.

➤ No primeiro caso, releva considerar o caráter geral da lei; o livro, título ou parágrafo onde o preceito se encontra; o sentido tecnológico-jurídico com que certas palavras são empregadas no diploma etc.¹⁷. No segundo caso, importa atender à própria índole do direito nacional com relação a matérias semelhantes à da lei interpretada; ao regime político do país; às últimas tendências do costume, da jurisprudência e da doutrina, no que concerne ao assunto do preceito etc.

17. Aqui a interpretação gramatical assume um caráter também *sistemático*.

5. Espécies quanto à *extensão*

Vejamos por fim as espécies de interpretação quanto à extensão. Podem ser:

- 1) *declarativa*;
- 2) *extensiva*;
- 3) *restritiva*.

➤ *Declarativa* é aquela cujo enunciado coincide, na sua amplitude, com aquele que, à primeira vista, parece conter-se nas expressões do dispositivo. O intérprete limita-se a simplesmente *declarar* que a *mens legislatoris* não tem outras balizas, senão aquelas que, desde logo, se depreendem da letra da lei.

Não é preciso dizer, é este o tipo normal de interpretação, pois o pressuposto é o de que o legislador sabia expressar-se convenientemente.

➤ *Extensiva*, também chamada *ampliativa*, diz-se a interpretação segundo a qual a fórmula legal é menos ampla do que a *mens legislatoris* deduzida. Mas não apenas isto.

Com a devida vênia dos autores que assim a conceituam¹⁸, temos para nós ser extensiva também aquela que, tendo deduzido a *mens legislatoris* dentro de limites moderados e cientificamente plausíveis, adapta essa intenção do fautor da norma às novas exigências da realidade social.

➤ *Restritiva*, por fim, é a interpretação cujo resultado leva a afirmar que o legislador, ao exarar a norma,

18. Washington B. Monteiro, *Curso de direito civil*, 1958, v. 1, p. 42; Beviláqua, *Teoria*, cit., p. 58-9.

usou de expressões aparentemente mais amplas que o seu pensamento. Entretanto, quando, por exemplo, se afirma que “a interpretação das leis fiscais deve ser restritiva”, o que se deseja dizer é que, em caso de dúvida, a orientação deve ser favorável ao erário público. Na verdade, dado o espírito de que são imbuídas as leis dessa natureza, a tendência dominante leva a restringir os direitos dos contribuintes, respeitados naturalmente os limites que emergem da própria lei¹⁹.

19. É o mesmo que se dá com o art. 1.090 do Código, segundo o qual: “os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente”. A matéria aqui, entretanto, é referente à interpretação dos negócios jurídicos.

Capítulo II

Sistemas Interpretativos

1. *Noção e espécies de sistemas interpretativos.*
2. *Sistema dogmático.* 3. *Sistema histórico-evolutivo.* 4. *Sistema da livre pesquisa.*

1. *Noção e espécies de sistemas interpretativos*

Passemos ao exame das *diversas orientações esposadas pelos juristas, quanto ao uso e à importância atribuída às diversas espécies de interpretação*, bem assim com referência à maior ou menor liberdade do intérprete, no seu trabalho de *complementação* daquilo que, ao exarar a norma, é levado a efeito pelo legislador.

São os chamados *sistemas interpretativos*, cuja classificação e explanação veremos a seguir.

Os sistemas interpretativos, a nosso ver, podem dividir-se em três, a saber:

- a) o *dogmático, exegetico ou juridico-tradicional*;
- b) o *histórico-evolutivo*;
- c) o da *livre pesquisa ou livre criação do direito*¹.

Evidentemente, todos eles, especialmente o primeiro e o último, comportam subdivisões, que serão examinadas a seu tempo.

1. V. Serpa Lopes, *Curso*, cit., p. 136.

2. Sistema dogmático

Diz-se também *exegético* ou *jurídico-tradicional*.

Pode ainda ser denominado *sistema francês*, por isso que, intimamente, está ligado à promulgação do Código de Napoleão e à atitude que, à face desse diploma, passaram a assumir os intérpretes.

Na verdade, para a época, esse monumento do direito ocidental representou uma síntese notável, o que deu aos hermeneutas a impressão de que, na verdade, ali se continha todo o direito. Daí afirmar Laurent que “*l'interprète est réellement l'esclave de la loi, en ce sens qu'il ne peut pas opposer sa volonté à celle du législateur*”². Por sua vez, Mourlon, no que foi seguido por vários autores, ao publicar o seu compêndio de direito civil, não fez mais do que apresentar um *Curso de Código Napoleão*³.

Dentro deste sistema, podemos distinguir ainda duas orientações, a saber:

- 1) a *extremada*; e
- 2) a *moderada*.

A primeira é encabeçada pelo próprio Laurent, para quem o pressuposto geral nesta matéria é sempre o de que a lei é clara, e que, portanto, os seus termos correspondem ao pensamento do legislador. A letra é “a fórmula do pensamento” e “dizer que esse pensamento será outro que não aquele expresso no texto claro e formal, é acusar o legislador de uma leviandade que não se lhe pode imputar”. Assim, a missão do

2. Laurent, *Principes*, cit., p. 344.

3. Mourlon, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, 18. ed., Paris, 1869. Cf. Troplong, *Droit civil expliqué ou commentaire du Code Napoléon*, 3. ed., Paris, 1872.

intérprete é “não reformar a lei, mas explicá-la”, devendo ainda “aceitar os seus defeitos”⁴.

Não obstante, páginas a seguir, o autor admite que, por “*une rare exception*”, o legislador diga o contrário do que desejava, caso em que “a letra deve ceder ao espírito”. Mas acrescenta: *l'exception confirme la règle*⁵.

Como representante da orientação moderada, poderíamos indicar, entre outros, o nome de Baudry-Lacantinerie, visto como expõe a matéria em seus *Précis de droit civil*. Muito embora se trate ainda de um dogmático, alinha regras para a interpretação das leis, que bem mostram a sua posição menos aguda. Com efeito, para os casos duvidosos, recomenda a interpretação sistemática a consulta às fontes que propiciaram o texto ao legislador, o exame dos trabalhos preparatórios, a ponderação das conseqüências das interpretações possíveis e, finalmente, a indagação do espírito da lei⁶.

3. Sistema histórico-evolutivo

Como não podia deixar de ser, possui como primeiro grande mestre a Savigny, ilustre fundador do historicismo jurídico. Distinguindo os quatro elementos básicos da interpretação (gramatical, lógico, histórico e sistemático), assinala que estas “não são quatro espécies de interpretação... mas operações distintas que devem atuar em conjunto”.

4. Laurent, *Principes*, cit., p. 344-5.

5. Laurent, *Principes*, cit., p. 347.

6. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 9. ed., Paris, 1905, p. 51-3.

Por outro lado, o bom sucesso de toda interpretação depende de duas condições nas quais aqueles quatro elementos se resumem: “Primeiro, de que nos representemos ao vivo aquele ato intelectual (do legislador), de onde provém a especial expressão do pensamento diante da qual nos encontramos; segundo, de que tenhamos suficientemente presente a idéia de todo o complexo das relações históricas e dogmáticas, concernentes ao esclarecimento desse ponto particular, descobrindo desde logo as suas correlações”.

Assim, poderá a interpretação atingir o seu duplo escopo: “Alcançar quanto seja possível o maior conhecimento do direito, através não apenas do conhecimento especial da regra, mas ainda da riqueza do resultado alcançado”⁷.

Na França, o historicismo interpretativo foi, entre outros, adotado por Merlin, para quem “*c’est dans l’esprit de la loi qu’on doit en chercher l’interprétation*”⁸. Do mesmo modo que Savigny, entre outros, foi alvo da crítica de Laurent⁹.

Entre nós, ao que nos parece, adotam esta orientação Espínola e Carlos Maximiliano.

O primeiro, embora critique a escola do direito livre, admite a posição de autores como Regelsberg, que não hesitam em reconhecer “a utilidade prática, perfeitamente compatível com a pureza dos princípios, de se interpretarem as normas jurídicas de acordo com

7. Savigny, *Sistema*, cit., p. 220-4.

8. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, 1827, t. 8, p. 561.

9. Serpa Lopes, *Curso*, cit., p. 136-7. Sobre Savigny, diz Laurent que, em absoluto, não há reconstruir o pensamento do legislador, porquanto este “*a pris soin de dire ce qu’il veut*” e a letra é a expressão do seu pensamento (*Principes*, cit., p. 343).

as necessidades da vida social¹⁰. O outro, embora tenha publicado os seus comentários à Constituição segundo o método exegético, declara-se totalmente favorável à superioridade do sistema histórico-evolutivo, através de cuja prática se realiza “cada dia obra de justiça, de ciência, de progresso”¹¹.

4. Sistema da livre pesquisa

Denomina-se também sistema da “*livre formação do direito*”.

As características básicas deste sistema foram com grande propriedade expostas por Serpa Lopes, segundo o qual encontra fundamento no mesmo ponto de vista do sistema histórico-evolutivo, por isso que se propõe, de igual modo, o escopo de remediar os males do dogmático jurídico. “Diferencia-se, no entanto, em relação aos meios de que se vale; enquanto o processo histórico-evolutivo cinge-se à influência mesológica, contentando-se com a contemplação do mundo exterior, o sistema da livre pesquisa alarga as suas vistas para horizontes novos e mais dilatados, e apresenta, ao lado da lei estatal, outras fontes jurídicas portadoras de vida autônoma, dando lugar a um novo Direito, que, para os extremados, pode sobrepor-se ou mesmo contrapor-se às disposições legais”¹².

10. Eduardo Espínola, *Sistema*, cit., p. 192-3.

11. Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição brasileira*, Rio de Janeiro, 1918; *Hermenêutica*, cit., § 51, p. 67-8.

12. Serpa Lopes, *Curso*, cit., p. 140. Advirta-se, porém, que o reconhecimento da existência de outras “fontes”, além da lei, não caracteriza propriamente este sistema. O sistema dogmático moderado também comporta essa aceitação, de vez que, por exemplo entre nós, é o próprio texto legal que determina o socorro à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (Lei de Introdução, art. 4.º).

Em meio aos propugnadores da livre pesquisa, podem distinguir-se duas atitudes bem distintas:

- 1.^a) a que chamaríamos *romântica*; e
- 2.^a) a propriamente *científica*.

A livre criação de cunho romântico encontramos encarnada no denominado fenômeno Magnaud.

É assim que comumente os compêndios se referem à figura do magistrado desse nome, cujas sentenças ficaram célebres pela total libertação de peias legais: “o Direito por ele distribuído — diz Serpa Lopes — tinha a coloração de suas idéias políticas ou o cunho dos seus pendores sentimentais”¹³. Como se vê, não se trata propriamente de um sistema científico, senão de uma atitude antijurídica que, se generalizada, comprometeria a paz e a segurança públicas.

Entretanto há, com relação à livre pesquisa, uma orientação verdadeiramente científica, representada na França por Bufnoir¹⁴, e que, na Alemanha, encontrou as primeiras manifestações já em Ihering, Dernburg, Köhler¹⁵ e outros. Dentro, porém, dessa visão científica do problema, cumpre distinguir uma escola *extremada* e outra *moderada*.

A escola extremada floresceu especialmente na Alemanha, onde se deu a conhecer pela denominação de *freies Recht*, e, segundo o histórico de François Géný,

13. *Curso*, cit., p. 143.

14. V. Beviláqua, *Teoria*, cit., p. 51.

15. Köhler vê na lei uma autonomia funcional em virtude da sua significação sociológica. Para ele, a *mens legislatoris* não interessa e sim a *mens legis*.

contou com figuras de renome, como Stammler e Zitelmann¹⁶.

A escola moderada parece encontrar o mais eminente mestre na figura do citado Géný, que, com a obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, desenvolveu a idéia de que o intérprete deve procurar o direito “*par le Code Civil, mais au delà du Code Civil*”¹⁷. Esta orientação contou ainda com a consagração em texto de lei positiva, através do que dispõe o art. 1.º do Código Civil suíço, segundo o qual “*à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*”¹⁸.

No Brasil, parece inclinar-se por este ponto de vista o preclaro Beviláqua, conforme se depreende da exposição que do assunto fez em sua *Teoria geral*¹⁹.

16. V. François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, v. 2, p. 330 e s., Stammler, *Tratado de filosofía del derecho*, trad. Roces, p. 335, apud Serpa Lopes, *Curso*, cit., p. 143.

17. Géný, *Méthode*, cit., p. 250-36.

18. *Code Civil suisse*, 1956, art. 1.º, n. 2.

19. Beviláqua, *Teoria*, cit., especialmente § 40, p. 56-9.

“Ninguém se escusa, alegando ignorar a lei, *nem com o silêncio, a obscuridade, ou a indecisão dela se exime o juiz de sentenciar ou despachar*. A lei que abre exceções a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos, que especifica. Aplicam-se aos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito.”

Capítulo III

Regras de Interpretação ou Hermenêutica

1. *Espécies de regras.* 2. *Regras legais.* 3. *Regras científicas.* A) *Regras de Justiniano.* B) *Regras do direito atual.* 4. *Regras da jurisprudência.* 5. *Regras propostas pelo autor.*

1. *Espécies de regras*

➤ Conforme já vimos, o conjunto orgânico das *regras de interpretação* é, em suma, aquilo a que se deve denominar “hermenêutica”.

Entre nós, como de ordinário, a hermenêutica conta com, pelo menos, três espécies de conjuntos de regras:

- a) as *legais*;
- b) as *científicas*; e
- c) as da *jurisprudência*.

2. *Regras legais*

➤ Já a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, em seus arts. 5.º, 6.º e 7.º, mais ou menos diretamente prescrevia algumas normas para a interpretação à aplicação das leis.

➤ Orientação semelhante seguiu o legislador de 1942, conforme se lê nos arts. 4.º e 5.º do estatuto introdutório em vigor.

→ O art. 4.º mais se entende com a especificação das *formas de expressão* do direito vinculativo e com a aplicação deste a casos concretos. Mas, evidentemente, apresentando como pressuposto a possibilidade de omissão da lei, *ipso facto* admite a necessidade constante do trabalho do intérprete, pois só depois disso é possível aquinhoar se na verdade se trata ou não de lei omissa ou defeituosa.

→ Tal circunstância vale o rechaçamento indireto, firmado em lei, da máxima *in claris cessat interpretatio* ¹.

→ Por outro lado, a menção à analogia, ao costume e aos princípios gerais de direito implica uma consagração do trabalho interpretativo, já do Poder Judiciário, já do direito científico. Com efeito, enquanto o recurso à analogia está intimamente ligado à atuação supletiva tanto de um como de outro, na referência ao costume está contida uma alusão à jurisprudência ² e, na indicação dos princípios gerais de direito, o reconhecimento do valor da ciência jurídica, no afã de decantá-los.

→ Note-se, porém, que esta regra, no que apresenta de expresso como de implícito, só admite a suplementação interpretativa *havendo omissão ou defeito da lei*.

→ A outra regra de hermenêutica consagrada pelo legislador é a do art. 5.º, que assim reza: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Washington de Barros Monteiro, examinando essas expressões, declara-as “metafísicas” e de difícil com-

→ 1. Quer dizer: “Não cabe interpretação nas disposições que se apresentem com clareza”.

2. Além disso, lembramos o costume interpretativo.

→ preensão. Não obstante, pondera que “*fins sociais* são resultantes das linhas mestras traçadas pelo ordenamento político e visando ao bem-estar e à prosperidade do indivíduo e da sociedade”, enquanto, “por seu turno, *exigências do bem comum* são os elementos que impelem os homens para um ideal de justiça, aumentando-lhes a felicidade e contribuindo para o seu aprimoramento” ³.

→ De nossa parte, nas expressões do dispositivo em apreço, vemos, antes de mais nada, a condenação legal do método *dogmático* ou *exegético*. Quanto à expressão *fins sociais*, pensamos que aí se pode divisar a adoção do pensamento de Alexandre Álvares, esposado por Beviláqua, segundo o qual “a aplicação da lei seguirá a marcha dos fenômenos sociais, receberá, continuamente, vida e inspiração do meio ambiente e poderá produzir a maior soma possível de energia jurídica” ⁴.

→ Com alusão às “exigências do bem comum”, tal expressão parece significar mera ociosidade do legislador, pois é evidente que as leis se destinam ao bem comum e só com este fito podem ser aplicadas por quem de direito ⁵.

3. Washington, *Curso*, cit., p. 43. Cf. Serpa Lopes, *Curso*, cit., p. 145-9. Oscar Tenório, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*, p. 153 e s. V. Campos Batalha, *Lei de Introdução ao Código Civil*, art. 5.º, v. 1, p. 514; esse autor, como aí se vê, engana-se redondamente ao julgar o art. 5.º, nenhuma regra de interpretação contém.

4. Beviláqua, *Teoria*, cit., p. 59.

5. Vimos que a lei “é prescrita não para a utilidade particular, mas para a utilidade comum dos cidadãos”. Santo Tomás, *Summa*, 2 XC, arts. II e III; Santo Isidoro, *Etymologiae*, V, 21.

O ordenamento, porém, não pode ter palavras supérfluas, de onde nos inclinarmos para o entendimento de que essa expressão se refere a um critério para a solução de casos duvidosos, em que, diante de dois ou mais caminhos viáveis, o intérprete deve seguir aquele que mais consulta à utilidade comum dos cidadãos e da República.

Finalmente, examinadas segundo uma perspectiva global, é importantíssimo notar que as regras contidas já no art. 4.º, já no art. 5.º do estatuto introdutório em vigor, nos permitem averiguar que o nosso legislador, direta ou indiretamente, mostrou consagrar uma orientação que, quando menos, se enquadra no sistema histórico-evolutivo, aliás o que mais profundas raízes encontra em nossa tradição jurídica⁶.

Considerando, porém, que a tradição não deve ser pretexto para a estagnação e que, na verdade, a referência aos “fins sociais”, feita pelo legislador, pode ter a interpretação que demos acima, não é descumprido sustentar que a doutrina legal nesta matéria pode enquadrar-se na escola moderada da livre pesquisa, segundo os moldes de Gény e do mestre Beviláqua⁷.

Numa e noutra hipótese, grande importância apresenta o papel supletivo da doutrina e da jurisprudência, de modo que convém examinar as regras de hermenêutica que em ambas encontramos, para suprir aquelas que a lei consigna.

6. V. Ribas, *Curso de direito civil*, p. 271; Trigo de Loureiro, *Instituições de direito civil*, 5. ed., 1884, v. 1, p. 23; Teixeira de Freitas, *Regras de direito*; os próprios Estatutos da Universidade de Coimbra já consagravam esse sistema. V. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica*, cit., p. 67, § 50, nota 1.

7. V., ainda, art. 114 do Código de Processo Civil.



3. Regras científicas

Muitas regras de hermenêutica se têm consolidado em meio à doutrina e não poucos têm sido os autores que páginas utilíssimas dedicaram ao comentário do seu exato entendimento. É o que vemos, por exemplo, entre nós na obra pioneira de Mello Freire⁸, no que foi seguido por Paula Baptista⁹ e Carlos Maximiliano¹⁰.

Dentro dos estreitos limites desta exposição, porém, não nos será dado retomar esse comentário, razão pela qual nos restringiremos a transcrever alguns conjuntos de regras que sob a forma de máximas encontramos nos diversos autores.

Por isso, visando a não nos estendermos demasiado, escolhemos um autor do passado e outro dos tempos mais recentes, o qual, não obstante ter escrito antes do Código, serviu-lhe de base e apresenta ainda validade atual.

O autor do passado é o imperador Justiniano, a quem se deve o *Corpus Iuris Civilis*. O do presente é Carlos de Carvalho, autor da célebre “Consolidação”, de 1899, data do Projeto Beviláqua.

A) Regras de Justiniano

Limitar-nos-emos àquelas que, insertas no último capítulo do *Digesto*, foram erigidas em *regulae juris* por excelência pelo próprio Justiniano. São nada me-

8. Mello Freire, *Patrii juris*, cit.

9. Paula Baptista, *Hermenêutica*, cit.

10. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica*, cit.

nos que dezoito normas de interpretação, das quais seis se referem aos atos jurídicos¹¹.

Das máximas sobre a interpretação das leis selecionamos as dez seguintes:

I — Frag. 9: *Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.*

II — Frag. 20: *Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.*

III — Frag. 56: *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.*

IV — Frag. 67: *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit: ea potissimum excipiat, quae rei gerendae aptior est.*

V — Frag. 113: *In toto et pars continetur.*

VI — Frag. 114: *In obscuris inspicere solere, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.*

VII — Frag. 147: *Semper specialia generalibus insunt.*

VIII — Frag. 148: *Cujus effectus omnibus prodest, ejus et partes ad omnes pertinent.*

IX — Frag. 155: *In poenalibus causis benignius interpretandum est.*

X — Frag. 200: *Quotiens nihil sine captionem investigari potest, eligendum est quod minimum habeat iniquitatis*¹².

11. Trata-se dos frags. 12, 34, 96, 168 — § 1, 172 e 179. V. Limongi França, *Brocardos jurídicos*; as regras de Justiniano, 4. ed., Revista dos Tribunais, 1984.

Nessa edição, além de um ensaio sistemático, de caráter dogmático e histórico-crítico, os textos apresentam-se aparelhados com a tradução em português.

12. Limongi França, *Brocardos*, cit. Note-se, porém, que, nas outras partes do *Digesto*, muitas outras regras se encontram, de grande importância.

Estes princípios de Justiniano, extraídos dos maiores jurisconsultos do direito romano, exprimem verdades ainda hoje válidas para a interpretação das leis.

B) Regras do direito atual

As regras de interpretação segundo o direito positivo do regime anterior ao Código encontram-se consolidadas por Carlos de Carvalho, especialmente no art. 62 de sua clássica obra *Nova Consolidação das Leis Civis*, nestes termos:

Caput — A ementa de lei facilita sua inteligência.

§ 1.º No texto da lei se entende não haver frase ou palavra inútil, supérflua ou sem efeito.

§ 2.º Se as palavras da lei são conformes com a razão devem ser tomadas no sentido literal e as referentes não dão mais direito do que aquelas a que se referem.

§ 3.º Deve-se evitar a supersticiosa observância da lei que, olhando só a letra dela, destrói a sua intenção.

§ 4.º O que é conforme ao espírito e letra da lei se compreende na sua disposição.

§ 5.º Os textos da mesma lei devem-se entender uns pelos outros; as palavras antecedentes e subsequentes declaram o seu espírito.

§ 6.º Devem concordar os textos das leis, de modo a torná-los conforme e não contraditórios, não sendo admissível a contradição ou incompatibilidade neles.

§ 7.º As proposições enunciativas ou incidentes da lei não têm a mesma força que as suas decisões.

§ 8.º Os casos compreendidos na lei estão sujeitos à sua disposição, ainda que não os especifique, de-

vendo proceder-se de semelhante a semelhante, e dar igual inteligência às disposições conexas.

§ 9.º O caso omissso na letra da lei se compreende na disposição quando há razão mais forte.

§ 10. A identidade de razão corresponde à mesma disposição de direito.

§ 11. Pelo espírito de umas se declara o das outras, tratando-se de leis análogas.

§ 12. As leis conformes no seu fim devem ter idêntica execução e não podem ser entendidas de modo a produzir decisões diferentes sobre o mesmo objeto.

§ 13. Quando a lei não fez distinção o intérprete não deve fazê-la, cumprindo entender geralmente toda a lei geral.

§ 14. A equidade é de direito natural e não permite que alguém se locuplete com jactura alheia.

§ 15. Violentas interpretações constituem fraude da lei ¹³.

Com a promulgação do Código Civil, estas regras, que constituíam direito vigente, passaram para o campo doutrinário, mas, ainda assim, é inegável seu grande valor, tanto são prenhes de bom senso e sabedoria.

4. Regras da *jurisprudência*

Foram coligidas, em boa parte, por Washington de Barros Monteiro, e divulgadas em seu *Curso de direito civil*.

13. Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação das Leis Cíveis*, 1899. V., ainda, os arts. 61, 63 e 65.

Entre muitíssimas outras, as coletadas foram as seguintes:

a) Na interpretação deve-se sempre preferir a inteligência que faz sentido à que não faz.

b) Deve preferir-se a inteligência que melhor atenda à tradição do direito.

c) Deve ser afastada a exegese que conduz ao vago, ao inexplicável, ao contraditório e ao absurdo.

d) Há de se ter em vista o *eo quod plerumque fit*,¹⁴ isto é, aquilo que ordinariamente sucede no meio social.

e) Onde a lei não distingue, o intérprete não deve igualmente distinguir.

f) Todas as leis excepcionais ou especiais devem ser interpretadas restritivamente.

g) Tratando-se, porém, de interpretar leis sociais, preciso será temperar o espírito do jurista, adicionando-lhe certa dose de espírito social, sob pena de sacrificar-se a verdade à lógica.

h) Em matéria fiscal, a interpretação se fará restritivamente.

i) Deve ser considerado o lugar onde está colocado o dispositivo, cujo sentido deve ser fixado ¹⁵.

Toda estas regras são da mais considerável importância e devem ser observadas pelo intérprete imbuído da sua soberana missão. De nossa parte, atendida a especial orientação que seguimos na matéria, bem assim os elementos que já tivemos ocasião de demonstrar, sobretudo aqueles relacionados com a revisão do problema

14. Cf. frag. 114 das Regras de Justiniano.

15. Washington B. Monteiro, *Curso*, cit., p. 43.

das “fontes” ou formas de expressão do direito, pedimos vênia para alvitrar as seguintes¹⁶:

5. Regras propostas pelo autor

I — O ponto de partida da interpretação será sempre a exegese pura e simples da lei¹⁷.

II — Num segundo momento, de posse do resultado dessa indagação, o intérprete deverá reconstruir o pensamento do legislador, servindo-se dos elementos lógico, histórico e sistemático.

III — Num terceiro momento, cumprir-lhe-á aquinhoar a coincidência entre a expressão da lei e a descoberta auferida, da intenção do legislador.

IV — Verificada a coincidência, estará concluído o trabalho interpretativo, passando-se desde logo à aplicação da lei.

V — Averiguada, porém, desconexão entre a letra da lei e a *mens legislatoris* devidamente comprovada, o intérprete aplicará esta e não aquela¹⁸.

VI — Se, na indagação da *mens legislatoris*, os resultados forem diversos, cumprirá preferir aquele que seja mais consentâneo com a índole natural do instituto que a norma regula, bem assim com as exigências da realidade social e do bem comum¹⁹.

16. V., na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, o nosso verbete “Formas de expressão do direito”.

17. Com efeito, ela é a forma fundamental de expressão do direito e o pressuposto, até prova em contrário, é o da sua clareza.

18. A menos, naturalmente, que se trate de erro substancial, caso em que a correção dependerá de lei posterior.

19. Cf. Regras 67, 114 e 200 de Justiniano. Art. 5.º da Lei de Introdução.

VII — Se os resultados viáveis forem ainda insuficientes, em virtude de defeito ou omissão da lei, deverá o intérprete recorrer à analogia, e, quando inexequível, às formas suplementares de expressão do direito²⁰.

VIII — No uso dessas outras formas, *mutatis mutandis*, será mister agir de modo semelhante ao da interpretação da lei, procurando, inicialmente, descobrir na forma exterior a exata expressão da regra supletiva, e, em seguida, a sua conformidade com a intenção do órgão fautor da regra²¹.

IX — Na utilização das formas suplementares de expressão do direito, necessário se fará obedecer à hierarquia prevista na lei: costume (aí incluídos a jurisprudência e o *standard* jurídico), princípios gerais de direito, e, por fim, as demais formas, como a doutrina, o direito comparado etc.

X — Quando, a despeito de todas essas providências, houver ainda falta de elementos, com base nos princípios gerais de direito (do sistema positivo, do direito natural e da doutrina consagrada), o intérprete poderá *construir*, com vistas postas na realidade *socio-jurídica*, a norma especial aplicável ao caso²².

20. Art. 4.º da Lei de Introdução.

21. Savigny, *Sistema*, cit., p. 216: “*Una tale percezione del diritto è possibile e necessaria per ogni specie di fonti giuridiche*”.

22. Art. 5.º da Lei de Introdução; art. 113 do Código de Processo Civil.

2.^a Parte

Aplicação ou Integração do Direito

Capítulo I

Noções Gerais de Aplicação ou Integração

1. Conceito de aplicação ou integração. 2. Fases da aplicação ou integração. 3. Sistemas de aplicação ou integração.

1. *Conceito de aplicação ou integração*

Preliminarmente, cumpre assinalar que autores, como Ferrara, empregam o termo “integração” tão-somente para designar o preenchimento das lacunas da lei, quando da sua aplicação ao caso concreto¹. Corresponderia o termo à idéia de tornar a lei *integral*, quando fosse defeituosa. De nossa parte, utilizamos o vocábulo como sinônimo de *aplicação*, com vistas postas na circunstância de que, ao aplicar a lei, o intérprete faz com que, de princípio puramente eidético, a lei passe a *integrar-se* na realidade dos fatos sócio-jurídicos.

Ora, a aplicação ou integração do direito, realmente, na expressão de Carlos Maximiliano, “consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada”².

2. *Fases da aplicação ou integração*

Estabelecida a norma jurídica, e tendo incidido, em meio à vida real, algum problema com ela relacionado, a solução a ser dada encerra três fases distintas:

1. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, v. 1, p. 224 e s.

2. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica*, cit., p. 14.

Primeira:

Concerne ao *conhecimento da hermenêutica*, isto é, do conjunto de regras que norteiam a arte de averiguar o direito contido nas leis e nas demais formas de que o mesmo se reveste.

Segunda:

Respeita à utilização dessas regras com referência ao conhecimento da norma que se tenha em vista, fase esta da mera *interpretação do direito*.

Terceira:

É a fase final e propriamente dita da *integração* dos resultados do trabalho interpretativo, *no caso concreto*, com o fito de lhe dar a melhor solução jurídica.

3. Sistemas de aplicação ou integração

Havendo lei expressa a respeito, o problema não oferece maior dificuldade. Esta, porém, exsurge quando se trata de assunto não previsto convenientemente num diploma legal, contingência a respeito da qual várias orientações se têm formado.

Três parecem ser as principais, a saber:

1.^a) Diante da lei omissa ou obscura, o juiz deverá simplesmente declarar o autor carecedor de direito, por falta de fundamento.

2.^a) O juiz deverá remeter o caso à autoridade competente para fazer leis, solicitando a elaboração da norma aplicável.

3.^a) O juiz deverá julgar o pedido com base nos recursos supletivos para o conhecimento do direito, já enumerados em lei, já consagrados pela doutrina.

A primeira orientação, informa Baudry-Lacantinerie que, na França, a despeito de sustentada por alguns escritores *est rejetée par la jurisprudence et par la grande majorité des auteurs*³.

Entre nós, está em completo desacordo com as nossas tradições jurídicas⁴, sendo entretanto de se notar que, em matéria penal, corresponde ao regime consagrado pela doutrina e pelas legislações, consubstanciado na máxima: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*⁵.

A segunda era a que vigia no regime das *Ordenações de D. Filipe*, cujo Livro III, Título 64, n. 2, dispunha que, quando se tivessem esgotado sem conclusão alguma os recursos subsidiários da lei, fosse o rei notificado para que dissesse da solução a ser dada, “porque não somente tais determinações são desembargo daquele feito que se trata, mas são leis para desembargarem outras semelhantes”⁶.

A última orientação é a atualmente adotada entre nós conforme se depreende do que exposto já foi sobre os arts. 4.^o e 5.^o da atual Lei de Introdução ao Código Civil, bem assim do art. 114 do Código de Processo Civil.

3. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, cit., p. 45.

4. V. *Ordenações*, Livro III, Título 64; Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação*, cit., art. 58; Antiga Lei de Introdução, arts. 5.^o e 7.^o.

5. V. Constituição, art. 141, § 27.

6. Mendes de Almeida, *Código Filipino*, 14. ed., p. 665.

Capítulo II

Meio Normal de Aplicação ou Integração

1. Consideração preliminar. 2. Identificação do meio normal de integração.

1. Consideração preliminar

Sobre esta matéria são correntes dois erros que não há razão para continuarem sendo perpetrados.

Um deles consiste no fato de alguns autores, ao versarem o seu objeto, confundirem aquilo que efetivamente constitui *meio de integração da norma jurídica* com assuntos que dizem respeito ao estudo das formas de expressão do direito, ou das “fontes” do direito, como comumente se diz. É o caso daqueles juristas que, sob a rubrica acima exarada, cuidam do costume e dos princípios gerais de direito.

O outro engano está no procedimento inverso: ao se ocuparem das chamadas “fontes formais”, aí incluem a analogia e a equidade¹.

Como já foi visto, a despeito da sua indicação no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, referente à aplicação do direito, o costume e os princípios gerais de direito, assim como a lei, a jurisprudência etc., constituem modos de expressão da regra jurídica, devendo

1. V., por exemplo, Franzen de Lima, *Curso de direito civil*, 3. ed., 1957, v. 1, p. 32 e 35; Trabucchi, *Istituzione di diritto civile*, 9. ed., 1956, p. 19.

ser examinados sob um mesmo prisma e dentro da mesma exposição sistemática. Por outro lado, a analogia não tem o mesmo caráter, senão o de simples *método de aplicação do direito*; ao mesmo passo que a equidade, não sendo propriamente um daqueles modos de expressão, vem a ser, como a justiça, um *princípio de direito natural*².

O costume e os princípios gerais de direito pertencem ao capítulo das “fontes” do direito, e não devem ser referidos quando do tratamento dos meios de integração. Inversamente, entre esses meios se inserem a analogia e a equidade, cuja matéria é deslocado referir-se no capítulo das “fontes”.

2. Identificação do *meio normal* de integração

Isso posto, é de se considerar que o *meio normal* de integração do direito é a *aplicação das regras da hermenêutica à interpretação da lei e a posterior adequação do resultado ao caso concreto*.

No fundo, o problema se resolve por um *silogismo*, em que a premissa maior é a norma jurídica, a menor o histórico do caso concreto e a proposição conclusiva o resultado da integração.

De modo semelhante sucederá se se tratar da aplicação de uma forma suplementar de expressão do direito (costume, jurisprudência etc.).

Entretanto, conforme o que dispõe o art. 4.º da Lei de Introdução, o legislador quer que, antes da utilização desses modos suplementares de externamento da

norma jurídica, o intérprete recorra à analogia, isto é, ao raciocínio que, partindo da solução prevista em lei para certo objeto, conclui pela validade da mesma solução para outro objeto semelhante não previsto³. O mesmo processo, diga-se de passagem, pode ser adotado com relação ao costume, à jurisprudência etc.

Finalmente, esgotados os recursos da lei, os da analogia, os das formas suplementares, os da analogia, aplicada às formas suplementares, o último meio de integração da norma jurídica, já que o magistrado não pode eximir-se de julgar⁴, é a *equidade*, princípio de direito natural, semelhante e complementar à justiça.

A matéria atinente à lei e aos modos complementares de manifestação do direito deve ser examinada no lugar apropriado⁵. A esta altura, cumpre estudar especialmente a analogia e a equidade.

3. V. Lahr, *Manual de filosofia*, Porto, 1941, p. 396: “Considerado como um processo do espírito, define-se a analogia: um raciocínio que, de certas semelhanças observadas, conclui para outras semelhanças ainda não observadas”; Ferrara, *Trattato*, cit., p. 227.

4. Art. 113 do Código de Processo Civil.

5. V. R. Limongi França, *O direito, a lei e a jurisprudência; Princípios gerais de direito; Brocardos jurídicos*, cit.; e, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, do mesmo autor, os verbetes “Costume” e “Direito científico”.

2. V. Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação*, cit., art. 62, § 14.

Capítulo III

Meios Especiais: A) Analogia

1. Conceito. 2. Analogia, indução e interpretação extensiva. 3. Modalidades. 4. Requisitos. 5. Limites.

1. Conceito

O conceito jurídico de analogia já foi exarado acima. Noutras palavras, diz Ferrara que “ela é a aplicação de um princípio jurídico que a lei estabelece, para um certo fato, a um outro fato não regulado mas juridicamente semelhante ao primeiro”.

E explica: “Posto que no sistema se podem descobrir casos análogos já regulados, por um processo de abstração, extrai-se a regra que vale para aqueles, alargando-a até compreender os casos não previstos que apresentem no entanto a mesma essência jurídica”¹.

Na mesma ordem de idéias, o referido autor explica o fundamento da analogia, que, a seu ver, repousa sobre a idéia de que “os fatos de igual natureza devem possuir igual regulamento, e, se um destes fatos encontra já no sistema a sua disciplina, esta constitui o *tipo* de onde promana a disciplina jurídica geral que deve governar os casos afins. Analogia — conclui — é harmônica igualdade, proporção e paralelo entre relações semelhantes”².

1. Ferrara, *Trattato*, cit., p. 227.

2. Ferrara, *Trattato*, cit., p. 227. Cf. Trabucchi, *Istituzioni*, cit.

2. Analogia, indução e interpretação extensiva

A analogia, porém, não se confunde com a indução nem com a interpretação extensiva.

Quanto à diferença entre a analogia e a indução, lembre-se que esta consiste em estender, em generalizar *para todos os casos da mesma natureza* aquilo que é válido para um só deles, ao passo que a primeira se limita a estender o que é válido para certo caso a um outro que lhe seja similar³.

Com referência à distinção entre a analogia e a interpretação extensiva basta ponderar que “a interpretação extensiva não faz senão reconstruir a vontade legislativa *existente* para a relação jurídica que só por inexata formulação parece à primeira vista excluída, enquanto, ao invés, a Analogia se encontra em presença de uma *lacuna*, de um caso não previsto, e procura superá-la através de casos afins”⁴

3. Modalidades

Há duas modalidades de analogia:

A) a legal (*analogia legis*); e

B) a jurídica (*analogia iuris*).

A *analogia legis* é aquela que extrai a igualdade de tratamento para certo caso de *uma norma legislativa* existente para outro similar.

Embora o seu fundamento último seja o mesmo da *analogia iuris*, as bases que a sustentam encontram-se

3. Lahr, *Manual*, cit., p. 397, § 2; RT, 176:821.

4. Ferrara, *Trattato*, cit., p. 231; Trabucchi, *Istituzioni*, cit., p. 38.

exaradas em velho brocardo jurídico, cujos termos são os seguintes: *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. Como se vê, supõe a descoberta da *ratio legis*.

A *analogia iuris* não se apóia na *ratio legis*, mas na *ratio iuris*. Implica a ausência total de norma legal a respeito do objeto.

O preceito, entretanto, que lhe servirá como ponto de partida, deverá estar já formulado em meio às outras formas de expressão do direito, que não a lei. Daí julgar Ferrara que “o recurso aos princípios gerais de Direito não é mais que uma forma de *analogia iuris*”⁵.

Discordamos. A analogia jurídica, em verdade, não raro se *serve* dos princípios gerais de direito; mas cumpre atentar para o fato de que é perfeitamente possível aplicar esses princípios ao caso concreto por *via direta*, sem necessidade da utilização do processo analógico.

Por outro lado, é possível aplicar a *analogia iuris* utilizando-se um preceito consagrado pela doutrina, pela jurisprudência, ou outra forma de expressão de direito, sem que esse preceito constitua um princípio geral.

4. Requisitos

Em Trabucchi encontramos uma exposição feliz dos requisitos da analogia. Seriam três:

1.º) o caso deve ser absolutamente não previsto em lei;

2.º) deve existir ao menos *um elemento de identidade* entre o caso previsto e aquele não previsto;

5. Ferrara, *Trattato*, cit., p. 228.

3.º) a identidade entre os dois casos deve atender ao elemento em vista do qual o legislador formulou a regra que disciplina o caso previsto, constituindo-lhe a *ratio legis* ⁶.

Fácil, porém, é averiguar que estes requisitos se relacionam apenas com a *analogia legis*, deles estando fora a *analogia iuris*.

A nosso ver, os requisitos desta seriam os seguintes:

1.º) o caso deve ser absolutamente não previsto em lei;

2.º) o caso não deve contar com o amparo de texto de lei sobre objeto análogo;

3.º) deverá existir, na doutrina ou outra forma suplementar de expressão do direito, a formulação de preceito jurídico sobre caso análogo;

4.º) a *ratio iuris* do caso previsto deve ser a mesma do não previsto.

O pressuposto da existência de uma norma para caso semelhante é indispensável, sem o que invadimos o campo da equidade e da livre criação jurídica ⁷.

5. Limites

Quanto aos *limites* da analogia, cumpre assinalar que ela não é admissível fundamentalmente em dois casos:

6. Trabucchi, *Istituzioni*, cit., p. 38.

7. O eminente Ferrara (*Trattato*, cit., p. 228) não se deu conta deste importante aspecto do problema, razão pela qual a sua exposição da matéria, neste particular, não satisfaz.

1.º) no das leis de *caráter criminal*, exceto as hipóteses em que a analogia beneficie o réu ⁸;

2.º) nas de *ius singulare*, cujo caráter excepcional, conforme a *communis opinio doctorum*, não pode comportar a decisão de semelhante a semelhante.

8. Constituição, art. 150, § 16; Código Penal, art. 1.º. V. Costa e Silva, *Código Penal*, São Paulo, 1943, p. 18-21.

Capítulo IV

Meios Especiais: B) Equidade

1. Conceitos de equidade. A) Primeira acepção. B) Segunda acepção. C) Terceira acepção. D) Quarta acepção. E) Quinta acepção. 2. Espécies de equidade. 3. A equidade no direito positivo. A) Textos expressos. B) Textos de referência indireta. C) Textos gerais. 4. Requisitos da equidade.

1. *Conceitos de equidade*

O conceito de *equidade* é do gênero dos chamados conceitos análogos, quer dizer, dos que apresentam vários significados semelhantes e relacionados uns com os outros.

Do exame dos autores que, em Filosofia, em Ética e em Direito, se ocupam com o assunto, resulta que cinco são as suas acepções mais importantes:

- a) a de princípio similar e anexo ao da justiça;
- b) a de virtude ou hábito prático informado por esse princípio;
- c) a de direito de agir de modo conforme a essa virtude;
- d) a de ato de julgar conforme os ditames do mesmo princípio; e
- e) a de jurisprudência em geral.

A) Primeira acepção

O princípio da justiça é o princípio da igualdade, segundo o qual se deve dar a cada um aquilo que lhe pertence. É esse princípio que rege o estabelecimento das leis, cuja variedade existe em função dos multifários aspectos que, na vida real, assume a questão do meu e do seu.

Por outro lado, o estabelecimento das normas positivas não pode ser tão variegado que atenda aos imperativos de todos os casos concretos, porque isto levaria o legislador à dispersão e à “elefantíase legislativa”.

Por isso, também sob este aspecto, a lei é um preceito comum, uma norma geral.

Entretanto, a vida sócio-jurídica não é composta de casos *gerais*, senão de casos *concretos* e os mais diversos, de onde a simples justiça que se supõe existir na lei nem sempre ser suficiente para atender equilibradamente a essa infinita casuística.

Assim é por vezes de mister o suprimento do princípio de justiça contido na lei por intermédio de um outro princípio, àquele semelhante, mas sob outros aspectos mais extensos e mais altos, a saber, o princípio da equidade.

Daí dizer Celso, segundo o fragmento de Ulpiano, que *ius est ars boni et aequi*¹. Daí dizer também Santo Tomás que a equidade, em grego denominada *epieikeia*, “de certo modo corresponde à justiça geral, estando compreendida nela e, de certo modo, a excede porque

1. D. I. 1, pr., Contardo Ferrini, *Manuale delle pandette*, 4. ed., Milano, 1953, Cap. II, n. 5.

leva o aplicador da lei a não se prender aos estreitos limites do texto legal”².

B) Segunda acepção

É conhecida a metáfora de Aristóteles utilizada para diferenciar a justiça da equidade. Dizia o filósofo que a primeira corresponderia a uma régua rígida, ao passo que a outra se assemelharia a uma régua maleável, capaz de se adaptar às anfractuosidades do campo a ser medido.

Sem quebrar a régua (que em latim é *regula*, *ae*, do mesmo modo que regra), o magistrado, ao medir a igualdade dos casos concretos, vê-se por vezes na contingência de adaptá-la aos pormenores não previstos e, não raro, imprevisíveis pela lei, sob pena de perpetrar uma verdadeira injustiça e, assim, contradizer a própria finalidade intrínseca das normas legais.

A virtude de assim proceder é que corresponde à equidade no segundo sentido, visto que, em grego, *epieikeia* quer dizer também moderação³. No direito romano correspondia à *benignitas* ou *humanitas*.

C) Terceira acepção

A essa virtude que, como tal, implica verdadeiro *dever* do magistrado corresponde ainda um *direito*, isto é, o direito natural de distribuir justiça equanimemente. Como observa Savatier, se a lei visa traduzir

2. Santo Tomás, *Summa*, cit., II.^a IIae, 2. 120, *ad pr.*

3. Santo Tomás, *Summa*, cit., *ad ter.*

o direito natural, uma tradução mais pormenorizada é levada a efeito mediante o uso da equidade.

D) Quarta aceção

Na aceção de *ato de julgar, segundo o princípio acima examinado* é que a equidade tem gerado a confusão concernente a considerá-la como forma de expressão do direito. Confundir-se-ia com uma certa variedade de ato jurisdicional, sentido esse que não nos parece muito vigoroso e no qual não deve a palavra ser usada na linguagem tecnológico-jurídica sem as devidas distinções.

E) Quinta aceção

Finalmente, com o significado de jurisprudência, o vocábulo adquire uma largueza ainda maior, de onde também a maior inconveniência da sua utilização. É aquele que mais de perto se entende com a *Equity* da *Common law*, onde, como é sabido, constitui uma forma supletiva do direito comum⁴.

2. Espécies de equidade

Referimo-nos à equidade, especialmente como *princípio, virtude e direito*, não obstante a sua íntima relação com os seus outros dois significados.

4. René David, *Traité de droit civil comparé*, Paris, 1950, p. 269 e s.; Rabasa, *El derecho anglo-americano*, México, 1944, p. 136 e s.

Alguns autores, como o nosso preclaro mestre Agostinho Alvim, dividem a equidade em:

- a) *legal*; e
- b) *judicial*⁵.

A *legal* é aquela que se contém no próprio texto da lei, cujo mandamento prevê alternativas ou esmiúça a possibilidade de soluções diversas, à face de uma provável casuística. Exemplo desta espécie de equidade é o art. 326 do Código Civil, sobre a guarda dos filhos de desquitados.

A equidade *judicial* é aquela que, expressa ou implicitamente, o legislador incumbe o magistrado de levar a efeito⁶.

Uma classificação não menos oportuna e, *data venia*, quicá mais completa seria aquela que, colocando-se num ponto de vista algo diverso, dividisse a equidade em:

- A) civil;
- B) natural; e
- C) cerebrina.

Civil, a que se fundasse exclusivamente em determinação contida na lei.

Natural, a que se baseasse no direito natural que tem o juiz de distribuir justiça equanimemente.

Cerebrina, a falsa equidade (não assim tão difícil de ser deparada), a equidade sentimentalista, anticient-

5. Agostinho Alvim, Da equidade, *RT*, 132:3-8.

6. Agostinho Alvim, Da equidade, *RT*, 132:4.

tífica, e, sob certos aspectos, tirânica. Nela se inclui ainda a equidade *confessional*, cujas decisões estão jungidas aos preconceitos de um credo.

Se as duas primeiras são indispensáveis à realização prática da justiça, a última deve ser banida de uma visão autêntica da missão de julgar, pois, no dizer de Ascarelli, o *bom juiz*, como todo bom tirano, permanece um tirano.

3. A equidade no direito positivo

Há pelo menos três modos de fundamentar o exercício da equidade no direito positivo brasileiro:

- a) nos textos que expressamente referem o termo *equidade*;
- b) nos textos que, sem referir essa palavra, direta ou indiretamente, apelam para o “prudente arbítrio” do magistrado;
- c) nos textos gerais, referentes à interpretação e aplicação da lei.

A) *Textos expressos*

Quanto ao primeiro modo, basta lembrarmos, entre outros, os arts. 1.040, IV, e 1.456 do Código Civil. Além disso, há a referência inserta em outros Códigos, como o de Processo Civil, art. 114, e a Consolidação das Leis do Trabalho, art. 8.º.

Finalmente, é de se indicar ocorrência igual em relação a leis especiais tais como: a Lei de Luvas, art. 16;

o Decreto-lei n. 466, de 4 de junho de 1938, art. 54; o Decreto-lei n. 7.404, de 22 de março de 1945, art. 176 etc.

São os casos típicos de equidade civil.

B) *Textos de referência indireta*

Esta espécie de equidade está contida ainda nos casos de apelo expresso no *arbitrio judicial*, como nos de apelo implícito, quais aqueles onde exista a referência a algum *standard* jurídico.

São exemplos, do primeiro caso, o disposto no art. 424, II, do Código Civil, cujo preceito determina que cabe ao tutor, quanto à pessoa do menor, “reclamar do juiz que providencie, *como houver por bem*, quando o menor haja mister correção”, bem assim o que estabelece o art. 1.218, segundo o qual, em matéria de locação de serviços, “não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á *por arbitramento* a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”.

São exemplos de *standard* jurídico: a noção de “castigar imoderadamente” contida no art. 395, I, do Código Civil; a idéia de “prestação inútil” do parágrafo único do art. 956, referente à mora; o critério de que, segundo o art. 1.059, o lesado “razoavelmente deixou de lucrar”, em matéria de perdas e danos; o padrão previsto no art. 1.192, I, por cuja força o locatário deve zelar pela coisa locada “como se sua fosse” etc.

Em todas essas espécies de *standard*, como nas demais, há um apelo implícito à equidade do magistrado, a quem cabe julgar do enquadramento ou não do caso, à face dessas diretivas jurídicas.

7. Cf. art. 460 da Consolidação das Leis do Trabalho.

C) *Textos gerais*

A equidade encontra ainda base no nosso direito positivo, nas regras gerais contidas no arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem assim no art. 113 do Código de Processo Civil.

Em suma, nesses preceitos, como se viu, está estabelecida a obrigatoriedade de julgar, por parte do magistrado, mesmo à face da omissão ou defeito da lei, ao mesmo tempo que a faculdade de, dentro de certos limites, adequar a lei às novas exigências, oriundas das transmutações sociais das instituições.

Se as espécies de fundamento legal da equidade, examinada nas alíneas anteriores, estribam a equidade civil, esta última não há dúvida de que implica um reconhecimento, levado a efeito pelo próprio legislador, da equidade natural.

A equidade cerebrina, romântica ou sentimentalista, não encontra nenhuma base em lei. O próprio art. 1.040, IV, do Código, ao falar em julgamento “por equidade, *fora das regras e formas do direito*”, usando embora de expressões tão largas, não pode ser entendido senão como alusivo às “regras e formas do direito positivo”⁸. Seria um absurdo, contrário a todo o arcabouço do Código e do sistema jurídico nacional, supor a possibilidade de juízo legítimo *fora do direito, num sentido amplo*.

Observe-se, por fim, que, no direito positivo, há casos excepcionalmente impermeáveis à equidade. É o de certos preceitos, ordinariamente de ordem pública, em que de modo patente se verifica o caráter *inflexível*

do mandamento, como, por exemplo, o art. 183, I, do Código Civil, que proíbe o casamento entre ascendentes e descendentes.

4. **Requisitos da equidade**

De quanto foi examinado a respeito da matéria, parece ser possível inferir que os requisitos da equidade são os seguintes:

1) A despeito da existência de casos de autorização expressa em lei, concernente ao uso da equidade, essa autorização não é indispensável, uma vez que não apenas pode ser implícita, como ainda o recurso a ela decorre do sistema e do direito natural.

2) A equidade, entretanto, supõe a inexistência, sobre a matéria, de texto claro e inflexível.

3) Ainda que, a respeito do objeto, haja determinação legal expressa, a equidade tem lugar, se este for defeituoso ou obscuro, ou, simplesmente, demasiado geral para abarcar o caso concreto.

4) Averiguada a omissão, defeito, ou acentuada generalidade da lei, cumpre, entretanto, antes da livre criação da norma equitativa, apelar para as formas complementares de expressão do direito.

5) A construção da regra de equidade não deve ser sentimental ou arbitrária, mas o fruto de uma elaboração científica, em harmonia com o espírito que rege o sistema e especialmente com os princípios que informam o instituto objeto da decisão.

8. V. Agostinho Alvim, Da equidade, RT, 132:6.

CONCLUSÕES

1. De quanto temos estudado, dentro da Teoria Geral do Direito Civil, ou seja, da própria teoria geral do *fenômeno jurídico*, à revisão de vários dos seus capítulos, especialmente a dos que chamamos *formas de expressão do direito*, deve corresponder, de modo especial, um reenfoque concernente à respectiva interpretação e integração na realidade da vida jurídica.

2. Hermenêutica, a despeito da acepção *lata* (v. título da obra), em sentido rigorosamente estrito não se confunde com interpretação do direito pois, enquanto esta é *pragmática*, aquela é *especulativa*.

3. A interpretação das formas de expressão do direito deve abandonar os velhos caminhos do sistema dogmático e mesmo do histórico-evolutivo, e seguir os novos rumos da criação científica.

4. Para tanto, não deve ir além do razoável des-cambando para o *freies Recht* mas enquadrar-se em moldes tais que a criação não desmereça o ordenamento.

5. No Capítulo III da 1.^a Parte ensaiamos a metodização de dez regras que visam a esse fim.

6. Além do tema da interpretação o da integração do direito também precisa ser revisto.

7. Fica assentado e esclarecido que a analogia não é “fonte” do direito positivo, mas *meio de integração* deste. Sua utilização requer o atendimento de requisitos especiais.

8. Completa-a a equidade, a *epieikeia*, virtude semelhante e mais alta que a justiça, uma vez que é a justiça dos casos particulares, ou seja, a justiça do *humano*.

9. Por isso mesmo o jurista oscila entre dois nocivos extremos: o romantismo e o confessionalismo (duas formas de tirania), bem assim a eqüidade civil estrita (fator de graves injustiças).

10. No final do Capítulo IV da 2.^a Parte, alinhamos cinco proposições, numa tentativa de colaborar para a formulação de requisitos seguros que possam colimar, da parte dos magistrados e dos outros profissionais do direito, uma construção científica da regra de eqüidade.

Apêndice

Formas de Expressão do Direito Positivo

1. *Importância do estudo das chamadas fontes do sistema do direito positivo.* 2. *Importância do estudo da técnica de interpretação e de integração do sistema do direito positivo.* 3. *A doutrina das fontes, segundo a escola histórica. Savigny e Puchta.* 4. *Estudos contemporâneos especialmente realizados sobre a matéria.* 5. *Obra de Gény.* 6. *A contribuição dos publicistas.* 7. *Brèthe de la Gressaye e Laborde-Lacoste.* 8. *Impropriedade da expressão fonte, para designar os modos de expressão do direito.* 9. *A idéia de fonte formal.* 10. *Ahrens e Fernandes Elias.* 11. *Necessidade da distinção entre fonte e forma do direito.* 12. *Classificação das formas de expressão do direito positivo.* 13. *Fontes históricas.* 14. *Fontes genéticas.* 15. *Fontes instrumentais.* 16. *Fontes formais (impropriamente chamadas) ou formas de expressão do direito positivo. Classificação segundo o critério da natureza da coercitividade.* 17. *Outros critérios.*

1. Importância do estudo das chamadas fontes do sistema do direito positivo

Sistema do direito positivo é o conjunto das normas que regem, dentro da sociedade organizada, a questão do *meu* e do *seu*.

Daí a importância do estudo das respectivas formas de expressão, porque, nada mais, nada menos, são elas os próprios meios de exteriorização e reconhecimento das regras jurídicas, sem cujo intermédio o direito não pode ser imposto nem obedecido (*v. nosso Manual de direito civil, Revista dos Tribunais, 1966, v. 1, p. 27*).

A tradição, porém, confirmada pela autoridade de sábios do porte de François Gény, ao rubricar o capítulo da ciência jurídica que lhes diz respeito, se tem uti-

lizado da expressão “fonte” e não “forma” do sistema jurídico.

Ora, fonte é o lugar de onde provém alguma coisa. Fonte do direito seria, analogamente, o lugar de onde são oriundos os preceitos jurídicos.

Conquanto se possa discutir a maior precisão e procedência desta idéia, é bastante que assim ela seja apresentada para que se possa aquinhoar a importância da matéria, tanto no que concerne à investigação pura e simples dos fatos jurídicos como no que tange à aplicação prática da norma jurídica aos problemas a ela atinentes, e que fluem necessariamente da complexidade da vida social.

Na verdade, não haverá profissão ou atividade na vida do direito que não dependa, para o seu desenvolvimento, de noções básicas relacionadas com o presente assunto, nem questão de natureza jurídica que nas “fontes” não deva buscar e encontrar a necessária solução.

As razões de um advogado, o parecer de um juriconsulto, o libelo de um promotor, a sentença de um juiz, a preleção de um catedrático, a investigação de um cientista do direito jamais poderão prescindir do diuturno, constante e imposterável recurso aos elementos fornecidos pelas fontes das relações jurídicas.

Não obstante, a bibliografia nacional atinente ao assunto é simplesmente paupérrima. Não deixa de versá-lo, evidentemente, a generalidade dos nossos tratadistas, chegando a ser mesmo um lugar-comum das obras de teoria geral do direito civil, como de introdução à ciência do direito. Entretanto, *data venia*, não se tem notado, por parte dos respectivos autores, qualquer esforço maior no sentido de uma revisão das doutrinas e conceitos sobre a matéria, sendo que tal de há muito se vem fazendo mister.

Enquanto isto, em outros países, o assunto tem sido objeto de refletidas ponderações, exaradas em monogra-

fias, de profundo valor filosófico e jurídico, cujos resultados apresentam um grande sentido para a reconsideração do tema, dando-lhe a possibilidade de um passo a mais nas conquistas da ciência jurídica.

2. Importância do estudo da técnica de interpretação e de integração do sistema do direito positivo

O estudo e a classificação das formas de expressão do direito nos proporcionarão uma visão panorâmica e metódica dos meios pelos quais o direito, latente nas profundezas das necessidades sócio-jurídicas, vem à tona para integrar o sistema do direito positivo.

Se importante é, como se assinalou, o estudo dessa especificação e metodização, de particular relevância se nos antolha o que concerne à interpretação dessas formas e à respectiva integração nos casos concretos da vida cotidiana do direito.

Este estudo, obviamente, não tem por fim o escopo de “preencher lacunas”. Esperamos, entretanto, conforme o nosso ardente desejo de sermos fiéis ao espírito universitário, possa pelo menos acenar com os elementos primeiros, os rudimentos, para que outros possam realizar aquilo que, ao lado de muitas coisas, está faltando entre nós, no caso, um estudo sério e acabado a respeito desse importantíssimo capítulo da propedêutica do direito civil e da ciência jurídica em geral.

Por outro lado, já é tempo de sairmos das lições superadas e cediças concernentes à matéria, pois na verdade não correspondem à realidade dos fatos sócio-jurídicos, conforme o comprovam, a cada instante, os acórdãos dos tribunais, as sentenças dos magistrados, os pareceres dos jurisperitos e as razões dos advogados.

3. A doutrina das fontes, segundo a escola histórica. Savigny e Puchta

Foi sem dúvida com a escola histórica do direito, florescida nos albores do século XIX¹ e cujos pró-homens foram Savigny e Puchta, que se iniciaram, em profundidade, os estudos relativos às chamadas “fontes” do direito.

Na verdade, antes da escola histórica e especialmente antes de Savigny, desde os romanos, o estudo das

1. A escola histórica, conforme demonstrou o preclaro mestre Alexandre Correia (*Concepção histórica do direito*, São Paulo, 1934, p. 10-22 e 23-52), tem como próceres Burke, na Inglaterra, e De Maistre, na França. Foi, entretanto, na Alemanha que encontrou os seus grandes realizadores, em meio aos quais avulta a figura gigantesca de Savigny, cuja obra foi secundada pelo seu discípulo Puchta.

Tão importante corrente do pensamento jurídico não é mais que um aspecto particular de toda uma concepção geral, a respeito do nascimento e da evolução das instituições humanas. Constitui, no panorama das idéias filosófico-jurídicas, uma reação contra a escola do *Naturrecht*, do direito natural absoluto ou jusnaturalismo, que campeou sobretudo no século XVIII.

Sua idéia central, segundo se observa no *Sistema do direito romano atual*, de Savigny (v. trad. Scialoja, 1886), e no *Curso das instituições*, de Puchta (trad. Turchiarulo, Napoli, 1854), está na negação da possibilidade de se deduzir o direito *more geometrico*, por um processo exclusivo de raciocínio, divorciado da realidade dos fatos. Antes, é tão-somente no evolver histórico da realidade das instituições jurídicas, tal como se dá com o idioma, que encontramos a origem de todo o direito. Encontrando-se em estado latente na consciência do povo ou consciência nacional, tem como primeira manifestação o costume, cujo significado é o de um estágio anterior à lei.

Como a língua, o direito é diverso para cada povo, e deixa de ser direito quando deixa de exprimir a *opinio necessitatis* da consciência popular (Savigny, *Sistema*, cit., v. 1, §§ 7, 8, 12 e 13; Puchta, *Curso*, cit., p. 7-15, §§ X a XXXI).

fontes se havia limitado à sua descrição externa, sem qualquer preocupação de perquirir origens e razões de ser².

É, por exemplo, o que se nota na obra de Heinecius, da chamada escola dos pós-glosadores³, bem assim na dos jurisconsultos reinóis do século XVIII, entre eles a figura respeitável de Mello Freire⁴. A própria obra de Montesquieu, o celeberrimo tratado *De l'esprit des lois*, que lhe valeu a posição de precursor da escola histórica⁵, em suma, não obstante o reluzente valor literário, do ponto de vista científico não passa de desarticulado ensaio de um diletante do enciclopedismo⁶.

Savigny é realmente o primeiro grande autor a entrar a fundo no estudo das fontes do direito. Por isso, os seus ensinamentos devem merecer nossa especial atenção, e, por uma questão de facilidade didática, tentaremos resumir em itens as linhas mestras das lições que expende sobre a matéria⁷. Seriam as seguintes:

2. Savigny, *Sistema*, cit., v. 1, p. 115 e s.

3. Heinecius, *Recitationes*, in *Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum*, Coimbra, 1817, §§ 44 e s.

4. Mello Freire, *Institutiones iuris civilis Lusitani*, Coimbra, 1853, v. 1, § V e s.

5. Montesquieu, *Do espírito das leis*, Ed. Cultura, 1945; v. Edmond Picard, *O direito puro*, ed. port., s. d., p. 183.

6. “De nos jours, cependant, l'influence de Montesquieu décline; ou plutôt il rest un nom, il cesse d'être un maître. Une partie de son livre est devenue banale, en s'inscrivant dans les faits. Une autre est devenue fausse, ayant été démontrée par les faits. Au point de vue scientifique, l'insuffisance de son observation, les fantasies de sa méthode éclatent. Au point de vue politique, notre démocratie échappe de plus en plus à ses cadres et à ses formules”... (G. Lanson, *Histoire de la littérature française*, Libr. Hachette, 1951, p. 725).

7. V. *Sistema*, cit., v. 1, p. 40 e s.

a) O autor distingue fontes das *relações jurídicas particulares* (contratos) das *fontes da regra jurídica geral* (lei).

b) Discerne fontes do direito, *propriamente ditas*, de fontes históricas⁸.

c) São fontes do direito o povo e o Estado, aos quais correspondem, respectivamente, o direito consuetudinário e a lei.

d) Considera ainda, como fonte, o *direito científico*, ou *direito dos jurisconsultos* (*Juristenrecht*), que subdivide em *teórico* e *prático*. Teórico, o que resulta da perquirição científica, pura e simples. Prático, o suscitado por problema jurídico concreto; aí inclusa, portanto, a *jurisprudência*, no sentido estrito do vocábulo⁹.

e) Constitui nota marcante da doutrina das fontes de Savigny o fato de atribuir precedência ao costume sobre a lei, o que se explica em razão do seu historicismo. É de se ressaltar também a circunstância de considerar os juristas uma elite que *representa* o povo na elaboração do direito. Todo direito vem da consciência popular, mas os juristas, que são parte do próprio povo, vêm a ser os órgãos habilitados para elaborar o direito em nome do povo.

Desse modo de pensar participou, desde logo, o seu discípulo Puchta, conforme se vê no seu *Curso das instituições*.

Daí para cá, de modo geral, a doutrina das fontes tem sido exposta pelos jurisconsultos dos diversos países ocidentais, mais ou menos ao modo de Savigny.

8. V., no mesmo sentido, Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, *Manual de direito romano*, v. 1, p. 12.

9. Na acepção de conjunto dos pronunciamentos dos órgãos da função judicante.

Felizmente, entretanto, autores houve que não se circunscreveram a esses limites e, num grande esforço de renovação, mais claras luzes trouxeram ao estudo do tema de que estamos tratando. É o que procuraremos estudar em seguida.

4. Estudos contemporâneos especialmente realizados sobre a matéria

De início, cumpre seja assinalada a grande importância de algumas monografias que se publicaram, relacionadas com a matéria, entre as quais podemos citar, na França, a de Henri de Page¹⁰, na Itália, a de Del Vecchio¹¹, e, na Espanha, o estudo recente de Puig Brutau¹².

Significado todo especial, para o aprofundamento do assunto, deparamos no *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*¹³, do qual participa uma plêiade de especialistas na matéria. A obra, em três volumes, enfeixa excelentes ensaios em torno de três temas fundamentais:

- I — aspectos históricos e filosóficos;
- II — fontes gerais dos sistemas jurídicos atuais;
- III — fontes dos diversos ramos do direito.

5. Obra de Géný

A maior obra, entretanto, que se escreveu até hoje sobre a matéria foi a daquele em cuja honra esses es-

10. *A propos du gouvernement des juges*, Paris, 1931.

11. *Los principios generales del derecho*, trad. J. Osorio Morales, Barcelona, 1933.

12. *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, s. d.

13. *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, Paris, Sirey, s. d.

tudos foram publicados, o eminente François Géný, por sinal o grande restaurador, no direito privado, da concepção clássica do direito natural. Denomina-se *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, dois volumes¹⁴, cujas conclusões foram posteriormente completadas por outra realização magistral, a *Science et technique en droit privé positif*, em quatro volumes¹⁵.

De profundo significado é a sua contribuição no setor da metodologia da interpretação das fontes, assim como da construção científica do direito. Quanto, porém, à questão da identificação das fontes e da sua classificação, Géný fica no terreno tradicional, distinguindo fontes *substanciais* de fontes *formais*, e, em meio a estas, a *lei*, o *costume*, a *tradição* e a *autoridade*, compreendidas aí a doutrina e a jurisprudência¹⁶.

Aliás, na nota 1 da p. 239 do t. 1 do *Méthode*, é o próprio autor quem confessa não poder fazer melhor que remeter o leitor aos autores de até então, a saber, Gierke, Korkounov, Charmont, Sternberg e Köhler¹⁷.

6. A contribuição dos publicistas

Diversamente, verdadeira revolução da matéria se verificou em virtude das modernas teorias do direito público, professadas por Duguit, Jèze, Bonnard e outros, especialmente no que se entende com a premissa por eles estabelecida, de que inexiste uma separação absoluta entre o direito público e o direito privado e de que nada

pode haver de menos exato que a afirmação corrente de que “l'esprit qui doit présider à l'étude du droit public n'est pas le même que celui qui doit inspirer l'étude du droit privé”¹⁸.

A necessidade de comprovar esta afirmação básica levou esses autores a fazerem uma série de revisões nos conceitos tradicionais, entre os quais, para a matéria em foco, avulta em importância o que concerne aos *atos jurídicos*¹⁹.

Com efeito, Bonnard, embora afirme a diferença de conteúdo do direito público e do direito privado, não deixa de reconhecer que “en ce qui concerne l'activité de l'État et de ses organes, on pourrait à la rigueur concevoir que les règles du droit privé leur soient appliquées. Les actes juridiques de l'État seraient accomplis suivant les mêmes règles que ceux des particuliers”²⁰.

Assim, foi possível chegar-se a uma concepção *monista* do ato jurídico, passando a considerar-se tal a lei, o ato jurisdicional, o ato regulamentar etc. Ora, isto posto, se atos como a lei e o jurisdicional constituem atos jurídicos, com relação à matéria de fontes do direito, as idéias tradicionais não puderam deixar de ser revistas, porque, nestas condições, a rigor, a verdadeira fonte do direito passaria a ser o próprio *ato jurídico*, em cujo conceito estariam abrangidas as mais importantes das fontes segundo a doutrina corrente.

14. François Géný, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, 2. ed., Paris, 1919.

15. François Géný, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1922-1924.

16. V. *Méthode*, cit., v. 1, p. 237 e s.

17. *Méthode*, cit., v. 1, p. 239, nota 1.

18. Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1907, p. 66.

19. *Ato jurídico*, conforme o art. 81 do CC, é “todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”.

20. Roger Bonnard, *Précis de droit public*, Paris, 1939, p. 1; cf. Duguit, *Manuel*, cit., p. 67-9.

7. Brèthe de la Gressaye e Laborde-Lacoste

O esmiuçamento concreto e sistemático destas noções, em matéria de fontes do direito, foi levado a efeito de modo excelente por Brèthe de la Gressaye e Laborde-Lacoste, em sua obra *Introduction générale à l'étude du droit*, onde se passaram a distinguir duas espécies fundamentais daquela categoria jurídica: *fontes-atos* e *outras fontes*. Fontes-atos, a lei, o direito corporativo, o ato jurídico individual e o ato jurisdicional. E outras fontes, a saber: o costume, os princípios gerais de direito e a doutrina²¹.

O conceito de lei dispensa explicações maiores. Seria o ato jurídico legislativo. *Direito corporativo*, o especial conjunto de normas que regem as instituições sociais. *Ato jurídico individual*, os contratos, os testamentos etc. *Ato jurisdicional*, a jurisprudência²².

Também as *outras fontes*, a esta altura, prescindem de esclarecimentos mais esmiuçados, pois a elas voltaremos no evolover deste estudo.

Convém fique assinalado, por uma questão de justiça, que a idéia dos atos jurídicos como fonte de direito foi, entre nós, divulgada por Orlando Gomes, em sua *Introdução ao direito civil*, cuja exposição está intimamente entrosada com os capítulos sobre a matéria de Brèthe de la Gressaye e Laborde-Lacoste²³.

21. Brèthe de la Gressaye e Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, p. 179; v. p. 169-96.

22. É importante notar-se, neste particular, a sabedoria dos romanos, que, num único conceito, o de *lex*, faziam abranger estas três categorias. Havia assim a *lex privata*, que era a cláusula contratual, por exemplo, *lex venditionii*, a *lex collegii*, das associações, e a *lex publica*, que era a lei propriamente dita, conforme a noção moderna (v. A. Correia e G. Sciascia, *Manual*, cit., v. 1, p. 14).

23. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 59-62; cf. Brèthe de la Gressaye e Laborde-Lacoste, *Introduction*, cit., p. 179.

8. Impropriedade da expressão *fonte*, para designar os modos de expressão do direito

O exame dos diversos autores que, de Savigny para cá, trataram do problema da especificação e classificação das “fontes” do direito mostra ainda um certo progresso, nem sempre intencional, referente à gradativa substituição da noção de “fonte” pela de “forma” do direito positivo.

Na verdade, servindo a palavra “fonte” para designar o fulcro *gerador* de alguma coisa, o seu uso neste capítulo do direito tem dado azo a uma série de confusões, pois o objeto que se tem pela frente são antes os *modos*, as *formas* de expressão do direito, e não as suas *fontes de produção*, como se vê esclarecido em alguns autores.

Com efeito, a lei, o costume etc. não geram, não criam, não produzem o direito. O que gera o direito são as necessidades sociais e a vontade humana. É esta que, tomando conhecimento das imposições inadiáveis da realidade sócio-jurídica, se serve da organização política da nação, o Estado, para criar as leis. Do mesmo modo, já no terreno dos *atos* (em contraposição ao do direito constituído) é ainda a vontade humana, conglomerada na *consciência popular*²⁴, que cria o costume.

Assim, realmente, as fontes do direito propriamente ditas são o arbítrio humano e o direito natural. O Estado e a consciência popular (ou o povo) são apenas as causas instrumentais da elaboração do direito. Ao passo que a lei, o costume etc. são os modos, as formas, os meios técnicos de que lança mão a vontade humana para, por in-

24. Usamos a expressão para exprimir a unidade *moral*, das vontades individuais, e não a idéia de um ser *autônomo* conforme o ensinamento da escola histórica (v. Alexandre Correia, *Concepção*, cit., p. 114-28).

termédio do Estado e da consciência popular, externar, dar a conhecer, objetivar o direito suscitado pelas imposições naturais da vida em sociedade.

9. A idéia de fonte formal

Esta noção encontramos esboçada em muitos autores, entre eles François Géný, Trabucchi, Bonnecase²⁵, Brèthe de la Gressaye e Laborde-Lacoste. Entre nós, podemos referir Paulino Neto²⁶, Serpa Lopes²⁷, Orlando Gomes²⁸ e Vicente Ráo²⁹.

Com efeito, esses jurisperitos, de modo geral, adotam a divisão de François Géný, que, como vimos, distingue fontes *substanciais* de fontes *formais* do direito. Fontes substanciais seriam os elementos, os *dados* do direito — materiais, históricos, racionais e ideais — aos quais as fontes formais — lei, costumes, tradição e autoridade — dão uma expressão apropriada. Ora, como se vê, os chamados elementos substanciais podem perfeitamente reduzir-se ao direito natural, enquanto as chamadas “fontes formais” não passam de mero *modo* de exteriorização dos preceitos da justiça aplicados à solução dos problemas sociais.

25. Julien Bonnecase, in Baudry-Lacantinerie, *Supplément ao Trattato teorico pratico*, Paris, 1924, t. 1, p. 396 e s.; v. também *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1939.

26. Paulino Neto, *Cadernos do direito civil*, Rio de Janeiro, 1934, v. 1, p. 35.

27. Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, 1957, v. 1, p. 65.

28. Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 39.

29. Vicente Ráo. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo, 1952, v. 1, p. 275.

Por isso, a expressão “fonte formal”, segundo nos parece, é duplamente imprópria, porque ou encaramos a lei, o costume etc. do ponto de vista do seu conteúdo, e são o *próprio direito, já constituído*, e não a sua fonte, ou os consideramos segundo o mero prisma da *forma* e, em tal caso, constituiriam apenas o *modo* pelo qual o direito se positiva, se externa, se exterioriza³⁰.

10. Ahrens e Fernandes Elias

Dois autores do passado tiveram a nítida idéia disto que estamos expondo. São eles o clássico Ahrens, autor do *Cours de droit naturel*, e Fernandes Elias, juriconsulto espanhol, entre cujas obras se conta o *Tratado del derecho civil español*. Com efeito, são do primeiro estas palavras, que convém sejam transcritas no original: “Tout droit se manifeste donc dans la vie réelle dans des formes, soit dans des formes générales de naissance, comme les *coutumes* et les *lois*, soit dans des formes spéciales dans toutes les matières particulières”³¹. No mesmo diapasão, ensina-nos o outro autor: “Téngase muy en cuenta que nosotros aceptamos como fuentes del Derecho y de la ley a la *legislación*, la *política* y la *jurisprudência*, sólo y exclusivamente en el terreno material, práctico y formulario, porque el Derecho y la ley no tienen, no pueden tener otras fuentes que la *razón*, la voluntad, la *libertad* y el bien y la *justicia*”³².

30. Por outro lado, a expressão é híbrida, pois “fonte” é causa *eficiente*, e “formal”, como o nome está dizendo, diz respeito a causa *formal*, que com a primeira não se confunde.

31. Henri Ahrens, *Cours de droit naturel*, Leipzig, 1875, v. 1, p. 174.

32. Fernandes Elias, *Tratado*, Madrid, 1880, v. 1, p. 58.

11. Necessidade da distinção entre fonte e forma do direito

Com efeito, esta distinção não é ociosa nem desnecessária, por três razões, que iremos examinando à medida que as indicarmos.

Primeiro, ela corresponde à realidade dos fatos. Como vimos, a lei, o costume etc., na verdade, não *geram* o direito. São apenas *modos de expressão do direito*.

Segundo, evita uma série de erros e imprecisões em matéria de especificações dessas categorias jurídicas.

Na verdade, a confusão entre as noções de “fonte” e de “forma” do direito parece-nos ser o móvel principal de enganos, como, por exemplo o de se considerar a equidade como o que os autores denominam “fonte formal”. Como se sabe, a equidade, em si, é um princípio semelhante ao da justiça, e, assim, só pode ser fonte *geradora*, e nunca formal; do ponto de vista da ética, é uma virtude, e, evidentemente, nenhuma virtude se considerará, a rigor, modo de expressão do direito, senão apenas um hábito prático capaz de proporcionar a efetivação daquilo que é bom. Está longe, pois, de se ajustar à noção de *forma* de expressão do direito.

Outro exemplo de equívoco, *data venia*, parece encontrar-se em alguns mestres quando consideram o Estado “fonte formal” do direito. A despeito das distinções que se procura fazer, o fato é que o Estado não passa de *instrumento de efetivação da norma positiva*³³.

A definição rigorosa dos conceitos referentes à *forma* do direito positivo parece capaz de evitar todas essas falácias, por isso que elucida bem a idéia de que, na matéria, o estudioso deve ater-se tão-somente aos modos *exteriores* de positivação do direito.

33. Vicente Ráo, *O direito*, cit., v. 1, p. 277.

Terceiro, ao invés de ficarmos na preocupação de excluir algumas formas e aceitar outras, com uma visão excessivamente restrita do assunto, deparamos que, graças a esse expediente da análise jurídica, o campo que se nos abre é muito mais vasto, pois há uma grande série de atos e fatos humanos que podem ser encarados como formas de expressão do direito, do mesmo modo que coordenados segundo os princípios de uma mesma sistemática.

Na verdade, além da lei, do costume, da jurisprudência, da doutrina, como habitualmente enumeram os autores, são ainda *modos* pelos quais o direito se revela, para integrar o conjunto das relações sócio-jurídicas, o direito estranho, os princípios gerais de direito, o direito estatutário, os atos jurídicos particulares, o *standard* etc.

Como a árvore que, em virtude da poda racional, é desvencilhada dos ramos desnecessários, este capítulo da ciência jurídica, ao invés de diminuir, cresce em harmonia e substância.

A seguir, tentaremos mostrar como, precisadas estas noções, passa a ser possível, de modo mais claro e mais completo, toda uma classificação geral das fontes e formas de direito positivo.

12. Classificação das formas de expressão do direito positivo

A definição do conceito de *forma de expressão do direito*, diverso daquele que diz respeito às suas *fontes* propriamente ditas, seja dito desde logo, não estabelece um seccionamento dessas categorias jurídicas, de modo a deverem ser consideradas em planos totalmente separados. Embora, a nosso ver, a análise jurídica deva realizar a sua precisa distinção para melhor conhecimento do efetivo conteúdo das respectivas noções, força é re-

conhecer a sua interdependência, e como a elucidação de uma não pode prescindir do esclarecimento das demais.

O capítulo das fontes do direito, propriamente ditas, concerne ao que poderíamos chamar a *etiologia* jurídica; ao passo que aquele que se ocupa das formas de expressão, dos modos pelos quais o direito, latente na natureza das coisas, por um ato da vontade humana, passa a tornar-se objetivamente definido e coercitivo³⁴, seria o da *morfologia* do direito.

Mas é bem de ver que a forma, por si mesma, não tem maior importância, se não vem acompanhada da matéria, do conteúdo que objetiva e define. E é evidente que esse conteúdo, para chegar a adquirir forma, passou necessariamente por um largo processo de elaboração, cujo estudo respeita exatamente ao capítulo das fontes do direito propriamente ditas.

Eis por que, a despeito da distinção, para nós indispensável, entre *fonte* e *forma* do direito positivo, retomando algumas noções acima já esboçadas, tentaremos precisar bem a distinção entre as diversas *fontes* do direito, para só depois classificarmos as suas formas de expressão, impropriamente chamadas *fontes formais*.

Assim, quatro seriam as espécies de fontes do direito, a saber: as *fontes históricas*, as *fontes genéticas*, as *fontes instrumentais* e as assim chamadas *fontes formais*, para nós, simplesmente, *formas de expressão do direito*.

13. Fontes históricas

Em mais de um sentido se pode tomar a expressão *fonte histórica*. Uma delas encontramos em Savigny —

a aceção de conjunto de documentos que servem de base para a elaboração da ciência jurídica³⁵. Outra semelhante a esta, mais vulgarmente utilizada, é a proposta por Correia e Sciascia, segundo a qual “se entendem por fontes de direito os documentos através dos quais chegamos a conhecer o direito de determinado povo”³⁶.

De nossa parte, temos a observar que esses seriam tão-somente modos *externos* de conceituar *fontes históricas*. Uma outra maneira de encará-las também haveria, esta de natureza interna, conforme a qual por essa expressão seria entendido o *processo histórico* de elaboração da norma jurídica.

Esse processo histórico poderia subdividir-se em *próximo* e *remoto*. Próximo, o relativo às condições de natureza sociojurídica que em dado meio e momento deram azo à elaboração da lei ou outra forma de expressão do direito. Remoto, o que se entende com as origens históricas da instituição jurídica que a norma visa a regulamentar. Sob este prisma, o estudo das fontes pode remontar aos mais longínquos (e nem sempre menos importantes) fatores da formação de um povo ou de uma cultura.

O estudo das fontes históricas das instituições jurídicas é indispensável ao seu efetivo conhecimento. Como observa Sternberg, “aquele que quiser realizar o direito sem a história não é jurista, nem sequer um utopista, não trará à vida nenhum espírito de ordenação social consciente, senão mera desordem e destruição”³⁷.

35. Savigny, *Sistema*, cit., v. 1, p. 41.

36. Correia e Sciascia, *Manual*, cit., v. 1, p. 12.

37. Theodor Sternberg, *Introducción a la ciencia del derecho*, 2. ed., Labor, 1940, p. 32.

34. Cf. Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, *Manual*, cit., v. 1, p. 12.

No que concerne à sua correlação com o estudo das demais espécies de fontes, é de se assinalar que é a história do direito que possibilita o melhor conhecimento das condições relativas às suas fontes, quer genéticas, quer instrumentais.

14. Fontes genéticas

Por *fontes genéticas* do direito, entendemos o *direito natural*³⁸ e o *arbítrio humano*.

Quanto ao que chamamos de direito natural, cumpre sejam oferecidos alguns esclarecimentos.

Primeiramente, tomamos a expressão no seu sentido clássico, no sentido aristotélico-tomista, e não naquele utilizado pelos jusnaturalistas, de Grotius a Rousseau. Segundo estes autores, o direito positivo não deveria ser mais do que a projeção de uma ordem preestabelecida na própria natureza das coisas, levada a efeito, a rigor, independentemente do arbítrio humano, que, na confecção das leis, não passaria de mero instrumento desse direito natural determinista, necessário e imutável³⁹.

38. Sobre o conceito de direito natural, v. especialmente a tese de Alexandre Correia, *Há um direito natural? Qual o seu conceito?*, 1917; do mesmo autor, v. ainda *Concepção tomista do direito natural*, in *A balança*, t. 2, n. 32; v. Cathrein, *Philosophia moralis*, Barcelona, 1945, n. 295-297; v. também nosso estudo *Direito natural e direito positivo*, in *Estudos jurídicos comemorativos do cinquentenário da RT*.

39. Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, Prolegom 6-11; Cap. 1, X, 1-7; I, XIV; I, 1-5 etc., ed. de Telders, Haia, 1948; Rousseau, *Contrato social*, Ed. Cultura, 1944.

Na economia política, o jusnaturalismo encontra sua manifestação na fisiocracia, de Quesnay e Turgot. O primeiro, por sinal, é autor de um tratado de direito natural (v. Papaterra Limongi, *Economia política*, 5. ed., 1959, p. 119).

Já conforme a concepção clássica do direito natural, este direito, embora se estabeleça sobre *princípios* estáveis, não pode deixar de sofrer uma constante mudança, conforme as condições de meio e de momento. Assim, enquanto o jusnaturalismo criou um direito natural substancialmente cerebrino, dedutível *more geometrico*, de acordo com a escola clássica, o direito deve ser elaborado de acordo com a realidade dos fatos⁴⁰.

Outra distinção a ser feita é a referente ao fato de tomarmos o direito natural na acepção lata. Num conceito estrito, o direito natural se reduz aos princípios primeiros da justiça; de um ponto de vista mais largo, o direito natural envolve não apenas esses princípios estáveis, como ainda as necessidades sociais que, atendidos os imperativos oriundos desses princípios, emergem do próprio evoluir da existência e da cultura humana.

Com efeito, as mutações do progresso, as transformações da ciência, a transmutação accidental das mentalidades vão criando uma série de necessidades cujo atendimento deve ser levado a efeito sem prejuízo dos imperativos da justiça.

Algumas instituições exigem transformações radicais, outras desaparecem pelo desuso, outras ainda se criam e é preciso regulamentá-las. Eis aí, portanto, as necessidades sociais, as necessidades que, em virtude da própria *natureza* do homem e das coisas, é mister sejam supridas — a gerarem a regra de direito positivo.

40. V. as obras citadas de Alexandre Correia e Cathrein. V. também Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*, Ia., IIas. Q. XCV, arts. III e IV; do mesmo autor, v. In Aristotelis *starigita* libros nonnullos *commentaria*, V, lec. 12, in *Thomae Aquinatis opera omnia*, Paris, 1875, v. 25, p. 460; Jacques Maritain, *Humanismo integral*, p. 16 e s.; José Pedro Galvão de Souza, *O positivismo jurídico e o direito natural*, São Paulo, 1940.

Por outro lado, essa regra não se exprime por si mesma, nem pode ser idêntica em diferentes lugares e momentos. Cumpre, pois, aquilatar as conveniências da sua aplicação deste ou daquele modo, ou ainda, se não fora melhor, deferir a sua promulgação para ocasião mais oportuna. Ponderações desta natureza são, em suma, aquilo que respeita à parte do *arbítrio humano* na gênese do direito positivo, muito embora esse mesmo arbítrio deva ficar subordinado aos princípios primeiros da justiça, bem assim à condição do atendimento efetivo das exigências jurídico-sociais.

15. Fontes instrumentais

Ora, a vontade humana, embora conserve sempre o seu caráter essencial de vontade *individual*, para realizar a coercitividade da lei ou outro preceito jurídico necessita de atuar por intermédio dos órgãos que personalizam a organização social de um povo, ou dos povos, no seu conjunto universal. Esses órgãos, a nosso ver, são de duas naturezas: uma *jurídica*, na sua acepção estrita, outra, *de fato*, sustentada apenas pelas imposições da própria realidade social.

No plano jurídico, o órgão dessa natureza que representa a unidade é o *Estado*; no plano dos fatos, a consciência nacional. Projetados no campo das relações entre os povos, ao primeiro corresponde a *sociedade política das nações*, e, ao segundo, uma como que *consciência social universal*.

Tais entidades morais seriam, a rigor, as verdadeiras *fontes instrumentais* do direito positivo, às quais corresponderiam, de modo precípua e genérico, a *lei* e o *costume*, inclusive os usos internacionais.

Além disso, uma terceira categoria poderíamos alinhar ao lado dessas, a saber, o *acordo das partes*, que,

realmente, é o meio de que lançam mãos os interessados para criar obrigações e direitos, no plano dos negócios particulares ⁴¹.

Exposta a noção destas fontes do direito, na acepção própria do termo, podemos passar agora às fontes impropriamente ditas, ou formas de expressão do direito positivo, objeto precípua deste estudo.

16. Fontes formais (impropriamente chamadas) ou formas de expressão do direito positivo. Classificação segundo o critério da natureza da coercitividade

Se é certo que as fontes históricas no seu aspecto interno constituem a imensa caldeira de cujas complexas ebulições emergem as necessidades sociais, se é verdade que são essas necessidades, consideradas e manipuladas pela vontade humana, que geram a norma jurídica, se é patente que para objetivarem os vínculos do direito os homens o fazem por meio de entidades hábeis a tornarem esses vínculos eficazes, claro também se nos antolha que todos esses momentos do surdo e multifário processo de elaboração do conjunto das relações jurídicas positivas vão encontrar o acabamento definitivo nas *formas* pelas quais o direito se revela e adquire capacidade coercitiva.

As mencionadas *formas*, segundo o critério que poderíamos chamar *da natureza da coercitividade*, podem

41. Observe-se, com efeito, que o próprio Código Napoleão consagrou o princípio geral de que “les conventions légalement formées tiennent lieu de Loi à ceux qui les ont faites” (art. 1.134). Por outro lado, vimos a moderna tendência, no sentido de considerar os *atos jurídicos*, em geral, como “fontes” do direito. Finalmente, vimos (nota 22) como os romanos denominavam *leges privatae* as cláusulas contratuais.

inicialmente ser classificadas em três: 1.^a) a dos *atos jurídicos*; 2.^a) a dos *atos sociais de fato, com força jurídica*; e 3.^a) a das *conclusões da ciência jurídica*.

1.^a) *Atos jurídicos*. Com a expressão *atos jurídicos* queremos não apenas significar os negócios particulares⁴², mas o ato jurídico na sua acepção ampla, conforme o ensinamento dos publicistas⁴³.

Assim, aí estariam incluídos: a) a *lei*; b) o *ato jurisdicional particularmente considerado*; c) o *direito corporativo ou estatutário*; d) o *direito estranho*; e) o *ato jurídico administrativo*; e f) os *atos jurídicos individuais*.

Lei, por sua vez, é aí entendida no sentido largo⁴⁴, de modo a abranger também os decretos, os regulamentos e os atos administrativos, como portarias, circulares, resoluções, ordens de serviço etc., que visem a solucionar injunções de caráter geral, ainda que dentro de um setor particular⁴⁵.

Os atos jurisdicionais são aqueles efetivados pelo Poder Judiciário. à face de um problema jurídico, de caráter contencioso. Na verdade, as sentenças e os acórdãos, em virtude das propriedades da *res judicata*, que, *pro veritate accipitur*⁴⁶, são uma das formas de que se reveste o direito, uma vez que tais atos, embora subordinados ao direito preexistente, são capazes de definir situações jurídicas anteriormente dúbias e que, a partir

42. Serpa Lopes, *Curso*, cit., v. 1, p. 39 e s.

43. V. Duguit, *Cours de droit constitutionnel*, p. 64 e s.; Bonnard, *Précis*, cit., p. 1; v., ainda, de Duguit, *Les transformations du droit public*. Paris, 1921, p. 75-146.

44. V. Chironi, *Istituzioni*, v. 1, p. 19.

45. Por exemplo, o regimento interno do setor de benefícios das autarquias da previdência social. Inclui normas de caráter geral, dentro de um setor particular.

46. *Digesto*, Liv. XVII, 207, frag. de Ulpiano.

desses atos, passam a reger uma parte do complexo geral das relações sociojurídicas.

Por direito corporativo ou estatutário compreendemos o conjunto das relações jurídicas que regem as pessoas morais ou corpos sociais intermediários entre o indivíduo e o Estado. Apresenta uma natureza especial porque, na terminologia de Cathrein⁴⁷, essas sociedades são imperfeitas, incapazes de se bastarem a si próprias.

Não se incluem aí as impropriamente chamadas *autarquias paraestatais*, ou *departamentos*, do direito francês, porque as consideramos órgãos do próprio Estado, mero fruto da descentralização administrativa, do mesmo modo que as províncias constituem o resultado da descentralização político-territorial.

Abrange não apenas as sociedades de direito privado, civis e comerciais, como as de direito *social*, quais os sindicatos e as associações profissionais. A estes se vêm ainda estritamente ligados atos jurídicos, como os contratos coletivos de trabalho, que Duguit entende pertencerem à espécie das chamadas *leis-convenções*⁴⁸.

São ainda atos jurídicos aqueles que concernem ao que denominamos *direito estranho*. Este direito subdividimos em: *direito romano*, *direito canônico* e *direito das nações modernas*, expressão esta utilizada pela Lei da Boa Razão⁴⁹ e adotada pelos civilistas do passado⁵⁰.

Embora, como a expressão o diz, se trate de direito diverso do nosso, produzido por poderes que se não confundem com o do Estado nacional, abrange leis que, ainda hoje, embora menos que antanho, integram o nosso sistema de direito positivo. E se tal se dá é princi-

47. Cathrein, *Philosophia moralis*, cit., p. 355, § 511.

48. Duguit, *Les transformations*, cit., p. 129.

49. De 17-8-1769, inspirada por Pombal.

50. V., por exemplo, Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil português*, v. 1, p. 22.

palmente por terem sido criados como direitos atuantes nas respectivas sociedades a que correspondem ou corresponderam.

Quanto aos *atos jurídicos administrativos* é de se considerar que em muito diferem dos regulamentos e das outras normas de caráter geral, de igual natureza. Na verdade, com esta expressão queremos dizer, de modo específico, os atos administrativos particularizados, como os despachos exarados nos processos administrativos, os contratos em que o Estado intervém etc. No seu conceito incluímos os atos de *jurisdição voluntária*, em que não existe *ação*, propriamente dita, senão mero *pedido*; não há partes (autor e réu), mas interessados; não há *lide*, e sim *negócio*⁵¹.

Finalmente, ainda dentro do conceito amplo de *ato jurídico*, como forma de expressão do direito, aparece o conjunto dos *negócios jurídicos particulares* que, evidentemente, não traçam normas de caráter geral; mas, fazendo lei entre as partes, encerram, na sua enorme massa, uma trama de complexíssimas relações jurídicas em cuja base se assenta todo o conjunto das situações que a lei *supõe* como hipótese geral, mas às quais só esses atos podem emprestar vivência concreta e atuante.

São, portanto, igualmente, formas pelas quais o direito se revela. E, particulares embora, restritas que sejam às partes contratantes, no seu acervo imenso, é sem dúvida dos modos mais importantes por meio dos quais o direito é objetivado e assume força coercitiva.

Passemos agora àquela categoria que propomos denominar *atos sociais de fato com força jurídica*, ou simplesmente *atos com força jurídica*.

51. V. José Frederico Marques, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, 1952, p. 200; Gabriel de Rezende Filho, *Curso de direito processual civil*, São Paulo, 1946, v. 3, p. 58, § 853; v., também, nossa monografia *Do nome civil das pessoas naturais*, p. 392 e 417, notas 644 e 684.

2.^a) *Atos sociais de fato, com força jurídica*. O porquê dessa denominação e do agrupamento de tais atos numa espécie particularizada — eis o que tentaremos explicar preliminarmente.

Com efeito, examinando a classificação das “fontes formais” proposta por Brêthe de la Gressaye e Laborde-Lacoste, conquanto tenhamos averiguado a sua genérica procedência, notamos que, na verdade, não se cingem os autores a um critério único, ou melhor, não completam a classificação conforme os ditames do critério adotado.

Realmente, dividem as fontes em *fontes-atos* e *outras fontes*, aqui incluídos o costume, os princípios gerais de direito e a doutrina.

Ora, de nossa parte, com a devida vênia, assinalamos que, tomando-se como ponto de partida o *ato jurídico*, o que bem procede, porque o direito é efetivamente fruto de um ato gerado pela vontade humana, cumpre ver nessas “outras fontes” aquilo que elas apresentam de comum com o ato jurídico, bem assim o que revelam de dessemelhante, para desse modo podermos chegar a uma classificação quanto possível acabada.

Daí a nossa proposta de se distinguir em meio às “outras fontes” um grupo específico que seria dos *atos sociais de fato, com força jurídica*, a saber, o *direito costumeiro*, de modo geral, o *costume judiciário* (diverso do ato jurisdicional puro e simples) e o “*standard*” *jurídico*.

Atos sociais, porque valem na medida em que são gerados pela *consciência nacional*, visando à solução de problemas próprios da vida do homem *em sociedade*.

Atos sociais de fato, para se contraporem aos *atos jurídicos*, pois, enquanto estes trazem a sanção do ordenamento, aqueles exercem a força coercitiva por mera questão de *opinio necessitatis*.

Atos sociais de fato *com força jurídica*, porque, muito embora não sejam objeto de norma jurídica específica, são capazes de atuar ao modo de verdadeira regra legal.

Nesse grupo de atos, incluímos desde logo, por excelência, o *direito consuetudinário*, criação típica da vontade popular, para a solução imediata, anterior ou complementar à da lei, dos problemas sociojurídicos que esta não prevê e que no entanto precisam de estribar-se numa regra geral.

A seguir alinhamos o *costume judiciário* ou *jurisprudência*, diverso do ato jurisprudencial particularmente considerado. Com efeito, enquanto este último constitui um *ato jurídico* na sua precisa acepção, o costume judiciário passa a ter eficácia coativa por mera questão de opinião coletiva de necessidade em meio aos julgadores. Não há lei, em países como o nosso, que ampare o valor vinculativo geral das decisões jurisprudenciais; no entanto, se um modo de decidir se repete com religiosa constância, anos a fio e na generalidade dos tribunais, força é convir que dificilmente um magistrado ou colégio judicante ensaiará, sem maiores razões, afastar-se dessa orientação.

Da mesma natureza reputamos o *standard* jurídico, categoria importada da *common law*, e que consiste num critério básico de avaliação de certos conceitos jurídicos indefinidos, variáveis no tempo e no espaço⁵². O *standard*, ou diretiva jurídica, pode ser *legal*, como o do § 6.º do art. 15 da antiga Lei do Inquilinato (Lei n. 4.494, de 25-12-1964), que incluía na expressão *uso próprio* a obrigatoriedade de permanecer o proprietário pelo me-

nos um ano no imóvel despejado. Pode ser *jurisprudencial*, como a orientação segundo a qual se considerava *abuso de direito* a purgação da mora, da parte do locatário, por mais de três vezes. E pode ser simplesmente *costumeiro*, como a generalidade dos costumes de natureza interpretativa *secundum legem*.

O *standard* legal, em suma, é lei por natureza. Mas o jurisprudencial e o simplesmente costumeiro não passam de meros atos *de fato* com força jurídica.

Passemos agora à última das espécies de forma de expressão de direito, segundo o critério da natureza da coercitividade.

3.^a) *As conclusões da ciência jurídica*. Efetivamente, o direito que os cientistas perquirem nas bibliotecas não apenas informa a lei, os costumes, a jurisprudência etc., como ainda possui o seu valor próprio como forma de expressão do direito latente na natureza das coisas.

Savigny, não sem uma forte razão, considerou a ciência jurídica qual uma variedade do direito consuetudinário. Preferimos, porém, situá-la em apartado, devido ao seu especial modo de elaboração e à sua preeminente importância como principal intérprete do direito justo.

Na verdade, se de um lado as leis injustas não são propriamente leis, mas meros atos discricionários de poder⁵³, que não obrigam em consciência, de outro, para se alcançar a lei justa é preciso auscultar com exatidão os reclamos das necessidades sociais, sob a égide da justiça, trabalho esse que só aos especialistas da ciência do direito é dado realizar com a indispensável segurança.

52. Por exemplo, o conceito da *boa-fé*, de *bonus pater familias*, de *prudente arbitrio* etc. No direito público, o de *necessidade social*, *utilidade pública*, *necessidades normais do trabalhador* etc. (v. CF, arts. 150, 158 etc.).

53. Sobre a questão das leis injustas, v. Cathrein, *Philosophia moralis*, cit., p. 182; Roubier, *Théorie générale du droit*, 2. ed., 1951, p. 323; Georges Rennard, *Introducción al estudio del derecho*, v. 1, p. 142; François Géný, *Science et technique*, cit., v. 2, p. 348.

No direito científico incluímos os princípios gerais de direito e os brocardos jurídicos, porque é a ciência jurídica que define tais princípios; princípios esses que, por sua vez, se vêem expressos não raro mediante parêntesis ou brocardos⁵⁴.

O critério adotado para a classificação que acabamos de ensaiar denominamos *da natureza da coercitividade*. A razão disso, como a esta altura já se pode observar, está na circunstância de que enquanto a eficácia vinculativa dos atos jurídicos provém, de modo imediato, da sanção estatal, a dos atos sociais de fato, com força jurídica, deflui de fatores outros, qual seja, por exemplo, no caso do *costume*, a *opinio necessitatis*.

Por seu turno, o direito científico passa às vezes a impor-se ao modo de verdadeiro preceito, em virtude do *consenso dos doutores* (*communis opinio doctorum*) e da sua correspondência com a verdade jurídica.

17. Outros critérios

Outros critérios, porém, podem ser utilizados para a classificação das formas de expressão do direito, como, por exemplo, o da *importância* que apresenta na integração do sistema jurídico. Desse ponto de vista, distinguir-se-ia inicialmente a *lei*, que é a *forma fundamental*⁵⁵, considerando as demais *formas complementares* entre elas — o costume, a jurisprudência, o direito científico, os princípios gerais de direito e os brocardos jurídicos.

54. V., de nossa autoria, *Dos princípios gerais de direito*, 1963, e *Brocardos jurídicos*; as regras de Justiniano, 2. ed., Revista dos Tribunais, 1969.

55. V. art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil; v. também art. 150, § 2.º, da Constituição de 1967.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Agostinho. Da equidade. *RT*, 132:4.
- AQUINO, Santo Tomás de. Aristotelis, libros commentaria. In: *Opera omnia*. Paris, 1875.
- . *Summa theologiae*. Trad. Alexandre Correia.
- BAUDRY-LACANTINERIE. *Précis de droit civil*. 9. ed. Paris, 1905. v. 1.
- BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano, 1949.
- . *Teoria generale della interpretazione*. Milano, 1955. 2. v.
- . *Teoria generale del negozio giuridico*. 2. ed. Torino, 1960.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1929.
- BLACK, H. Campbell. *Construction and interpretation of law*. 2. ed. 1911.
- BONNECASE, Julien. *Introduction à l'étude du droit*. Paris, 1939.
- . *Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie*. Paris, 1924.
- BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona, s. d.
- CALDARA, Emilio. *Interpretazione delle leggi*. Milano, 1908.
- CARVALHO, Carlos de. *Nova Consolidação das Leis Civis*. 1899.
- CATHREIN. *Philosophia moralis*. Barcelona, 1945.
- CHIRONI, G. *Istituzioni di diritto civile italiano*. 2. ed. 1912.

COELHO DA ROCHA. *Instituições de direito civil portuguez*. 4. ed. Coimbra, 1857.

CORREIA, Alexandre. *A concepção histórica do direito*. São Paulo, 1934.

———. *Concepção tomista do direito natural*. In: *A balança*. s. d. v. 2.

———. *Há um direito natural? Qual o seu conceito?* 1917.

DAVID, René. *Traité de droit civil comparé*. Paris, 1950.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. Trad. esp. Barcelona, 1933.

DE PAGE, Henri. *A propos du gouvernement des juges*. Paris, 1931.

ENNECCERUS, L. *Derecho civil*. Trad. Gonzalez e Alguer. Barcelona, 1953.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. 3. ed. 1938. v. 1.

FERNANDES ELIAS. *Curso de derecho civil*. Madrid, 1880.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. São Paulo, 1940.

———. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma, 1921.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. Atlas, 1977.

FIORE, Pasquale. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. Trad. esp. 3. ed. Madrid, 1927.

FRANZEN DE LIMA. *Curso de direito civil*. 3. ed. 1957.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2. ed. 1919. 2 v.

———. *Science et technique en droit privé positif*. Paris, 1922/1924. 4 v.

GIULIANI, Alessandro. *L'applicazione della legge*. Rimini, 1983.

GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito civil*. Rio de Janeiro, 1957.

GRESSAYE, Brèthe de la & Laborde-Lacoste. *Introduction générale à l'étude du droit*. Paris, 1947.

HEINECIUS. *Recitationes in elementa iuris civilis*. Coimbra, 1817.

IHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano*. Trad. Benaion. 1943. v. 3.

JUSTINIANO. De confirmatione digestorum. In: *Corpus juris civilis*. 16. ed. Mommsen-Krueger, 1954.

LAHR, C. *Manual de filosofia*. Porto, 1941.

LAURENT, L. *Principes du droit civil français*. 3. ed. 1878.

LIMONGI FRANÇA. *Brocardos jurídicos*; as regras de Justiniano. 2. ed. Revista dos Tribunais, 1969.

———. *Direito natural e direito positivo*. In: *Estudos jurídicos do cinquentenário da Revista dos Tribunais*.

———. *Do nome civil das pessoas naturais*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 1964.

———. *Jurisprudência — seu caráter de forma de expressão do direito*. In: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*.

———. *Manual de direito civil*. 4. ed. Revista dos Tribunais, 1980.

———. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 1971.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. Rio de Janeiro, 1918.

———. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 4. ed. 1947.

MELLO FREIRE. *Institutiones iuris civilis*. Coimbra, 1853.

———. *Patrii juris hermeneutica, historia juris civilis Lusitani*. Coimbra, 1853.

MENDES DE ALMEIDA. *Código Filipino*. 14. ed. 1871.

MERLIN DE DOUET. *Répertoire de jurisprudence*. Paris, 1827. t. 8.

MOMMSEN-KRUEGER. *Corpus iuris civilis*. 16. ed. Berlin, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 1958. v. 1.

PAULA BAPTISTA. *Hermenêutica jurídica*. In: *Processo civil e comercial*. 8. ed. 1935.

PAULINO NETO. *Cadernos de direito civil*. Rio de Janeiro, 1934.

PERELMAN, C. *Logica giuridica*. Giuffrè, 1979.

PUCHTA. *Corso delle istituzioni*. Trad. Turchiarullo. Napoli, 1854.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo, 1952.

- RÉCUEIL D'ÉTUDES, EN HONNEUR DE FRANÇOIS GENY.
Paris, s. d. 3 v.
- RENNARD, Georges. *Introducción al estudio del derecho*. Trad.
arg. 1946.
- RIBAS, Antônio Joaquim. *Curso de direito civil*. 3. ed. 1905.
- ROTONDI, Mario. *Istituzioni di diritto privato*. 8. ed. Milano,
1965.
- ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*. 2. ed. 1951.
- SAVIGNY. *Sistema del diritto romano*. Trad. Scialoja. Torino, 1898.
- SERPA LOPES. *Curso de direito civil*. 2. ed. 1957. v. 1.
- SEVILHA, Santo Isidoro de. *Etymologiae*. V, 21.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. Revista dos
Tribunais, 1968. 2 v.
- STERNBERG, Th. *Introducción a la ciencia del derecho*. Labor,
1940.
- TEIXEIRA DE FREITAS. *Regras de direito*. Rio de Janeiro, 1882.
- TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*.
2. ed. Rio de Janeiro, 1955.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 9. ed. 1956.
- TRIGO DE LOUREIRO. *Instituições de direito civil*. 5. ed. 1884.
- TROPLONG. *Droit civil expliqué ou commentaire du Code Napo-
léon*. 3. ed. 1872.
- WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Trad. Fadda e
Bensa. Torino, 1925.

