

9ª edição – 1979  
19ª edição – 2005 – 9ª tiragem  
19ª edição – 2006 – 10ª tiragem  
19ª edição – 2006 – 11ª tiragem  
19ª edição – 2007 – 12ª tiragem  
19ª edição – 2010 – 15ª tiragem  
20ª edição – 2011

© *Copyright*  
*Carlos Maximiliano*

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

---

M419h

Maximiliano, Carlos

Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano. – 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Apêndice.

Bibliografia.

ISBN 978-85-309-3447-7

1. Hermenêutica (Direito). I. Título.

CDU – 340.132  
340.132.6  
/340.326/

---

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela  
EDITORA FORENSE LTDA.

**Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional**

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: [forense@grupogen.com.br](mailto:forense@grupogen.com.br)

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

---

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

## APLICAÇÃO DO DIREITO

---

8 – A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real, procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano<sup>7</sup> (1).

O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual. Isto se dá, ou mediante a atividade dos particulares no sentido de cumprir a lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais, contra as violações das normas expressas, e até mesmo contra as simples tentativas de iludir ou desrespeitar dispositivos escritos ou consuetudinários. Assim resulta a Aplicação, voluntária quase sempre; forçada muitas vezes (2).

9 – Verificado o fato e todas as circunstâncias respectivas, indaga-se a que tipo jurídico pertence. Nas linhas gerais antolha-se fácil a classificação; porém, quando se desce às particularidades, à determinação da *espécie*, as dificuldades surgem à medida das semelhanças frequentes e embaraçadoras. Mais de um preceito parece adaptável à hipótese em apreço; entre as regras que se confundem, ou colidem, ao

---

7 8 – (1) Gmür, Prof. da Universidade de Berne, op. cit. p. 34-35. Prescreviam os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, Liv. II, tit. III, cap. VIII:

“4. Distinguirá (o professor) as três diferentes Idades da Jurisprudência Forense; ou os tres diversos caminhos e métodos de aplicação das Leis, que seguiram os Juristas Pragmaticos. Fará ver que foi a primeira a da *Autoridade da Glossa*; a segunda a da *Opinião Comum dos Doutores*; e a terceira a da *Observância*, ou a das *Decisões, Casos Julgados e Arrestos*.”

5. Mostrará os manifestos abusos, que em todas elas se tem cometido no exercício da Jurisprudência, e na aplicação das Leis aos casos ocorrentes no Foro; fazendo ver que o verdadeiro e legítimo meio da sólida e exata aplicação das Leis às causas forenses consiste precisamente na boa aplicação das Regras e Princípios do Direito aos fatos; depois de se terem bem explorado, e compreendido todas as circunstâncias específicas deles; depois de se haverem escrupulosamente confrontado com as circunstâncias das ditas Regras, e das Leis, de que elas foram deduzidas, e com todas as determinações individuais e específicas das mesmas Leis, e depois de se ter bem-reconhecido a identidade de todas as ditas circunstâncias das Leis, e dos fatos por meio de um bom e exato raciocínio.”

(2) Reuterskioeld, Prof. da Universidade de Upsala, na Suécia, op. cit., p. 61.

menos na aparência, de exclusão em exclusão se chegará, com o maior cuidado, à verdadeiramente aplicável, apropriada, preferível às demais.

Busca-se, em primeiro lugar, o grupo de tipos jurídicos que se parecem, de um modo geral, com o fato sujeito a exame; reduz-se depois a investigação aos que, revelam semelhança evidente, mais aproximada, por maior número de faces; o último na série gradativa, o que se equipara, mais ou menos, ao caso proposto, será o dispositivo colimado<sup>8</sup> (1).

Portanto, depois de verificar em que ramo do Direito se encontra a solução do problema forense em foco, o aplicador desce às prescrições especiais (2). Podem estas colidir no espaço, ou no tempo, o que determina o exame prévio de Direito Constitucional, no primeiro caso; outras relativas à irretroatividade das leis, no segundo (3).

Entre preceitos que promanam da mesma origem e se contradizem, cumpre verificar a data da publicação, a fim de saber qual o que revoga implicitamente o outro. Se os dois surgiram simultaneamente, ou pertencem ao mesmo repositório, procure-se conciliá-los, quanto possível. Se, ao contrário, são de natureza diferente, faça-se prevalecer o estatuto fundamental sobre todos os ramos do Direito positivo, a lei sobre o regulamento, costume, uso, ou praxe (4).

10 – Para atingir, pois, o escopo de todo o Direito objetivo é força examinar: a) a norma em sua essência, conteúdo e alcance (*quoetio juris*, no sentido estrito); b) o caso concreto e suas circunstâncias (*quoestio facti*); c) a adaptação do preceito à hipótese em apreço<sup>9</sup> (1).

As circunstâncias do fato são estabelecidas mediante o exame do mesmo, isolado, a princípio, considerado em relação ao ambiente social, depois: procede-se, também, ao estudo da Prova em sua grande variedade (depoimento das partes,

8 9 – (1) Reuterskiöld, op. cit., p. 86; Karl Von Gareis, Prof. da Universidade de Munique, op. cit., p. 61-62.

(2) Os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, exatamente no capítulo que tem por epígrafe – *Da Aplicação do Direito* (liv. II, tit. VI, cap. VIII), mandam, primeiro, compreender bem o caso proposto; depois procurar a frase jurídica aplicável ao mesmo. Deve-se indagar quais as leis que existem “para a regulação do referido negócio”; em seguida, “a que mais se chega para as circunstâncias do caso”; e, afinal, “considerar-se o que ela determina”.

Na última frase entra em função a Hermenêutica.

(3) Clóvis Beviláqua – *Teoria Geral do Direito Civil*, 1908, p. 17-25; Reuterskiöld, op. cit., 33; Gareis, op. cit., p. 48 e 62.

(4) Gareis, op. cit., p. 63-64.

9 10 – (1) Gareis, op. cit., p. 61-62.

(2) Gareis, op. cit., p. 62.

(3) Bernhard Windscheid – *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8ª ed., vol. I, § 21, nota 1; Savigny – *Traité de Droit Romain*, trad Guenoux. vol. I, § 38; Sabino Jandoli – *Sulla Teoria della interpretazione delle Leggi con Speciale Riguardo alle Correnti Metodologiche*, 1921, p. 72; Gareis, op. cit., p. 62.

(4) Jandoli, op. cit., p. 72; Gareis, op. cit., p. 62-64; Reuterskiöld, op. cit., p. 33.

testemunhos, instrumentos, etc.), não se olvidem sequer as presunções de Direito (*prosumptiones juris et de jure*) (2).

A adaptação de um preceito ao caso concreto pressupõe: *a*) a *Crítica*, a fim de apurar a autenticidade e, em seguida, a constitucionalidade da lei, regulamento ou ato jurídico (3); *b*) a *Interpretação*, a fim de descobrir o sentido e o alcance do texto; *c*) o suprimento das *lacunas*, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais do Direito; *d*) o exame das questões possíveis sobre ab-rogação, ou simples derrogação de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposições expressas, relativamente ao espaço e ao tempo (4).

11 – A Aplicação não prescinde da Hermenêutica: a primeira pressupõe a segunda, como a medicação a diagnose<sup>10</sup> (1). Em erro também incorre quem confunde as duas disciplinas: uma, a Hermenêutica, tem um só objeto – a lei; a outra, dois – o Direito, no sentido objetivo, e o fato. Aquela é um meio para atingir a esta; é um momento da atividade do aplicador do Direito (2). Pode a última ser o estudo preferido do teórico; a primeira, a Aplicação, revela o adaptador da doutrina à prática, da ciência à realidade: o verdadeiro jurisconsulto (3).

12 – A Aplicação, no sentido amplo, abrange a Crítica e a Hermenêutica, mas, o termo é geralmente empregado para exprimir a atividade prática do juiz, ou administrador, o ato final, posterior ao exame da autenticidade, constitucionalidade e conteúdo da norma. Nesse caso, em vez daquela disciplina absorver as outras duas, completa-lhes a obra. É nesta acepção, particular, estrita, que figura aquele vocábulo técnico em o título do presente livro.

## INTERPRETAÇÃO

13 – *Interpretar* é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.

10 11 – (1) Adelbert Düringer – *Richter und Rechtsprechung*, 1909, p. 88.

(2) Brinz – *Pandekten*, vol. I, p. 123; Regelsberger – *Pandekten*, vol. I, p. 131 e segs.; Deguy, op. cit., p. 2; Gmür, op. cit., p. 35; Reuterskiöld, op. cit., p. 61 e 34-35, em que reproduz o pensamento de Merkel: Roscoe Pound, Prof. da Universidade de Harvard – *Courts and Legislation, in Science of Legal Method*, de Bruncken & Register, p. 208-210.

(3) Já os Estatutos da Universidade de Coimbra revelavam conhecer-se em 1722 a diferença apontada acima: tratava de um e outro ramo da atividade judiciária no livro II, título VI; porém consagravam ao primeiro dois capítulos, e um especial ao último.

As epígrafes estavam assim distribuídas: Cap. VI – *Da Interpretação das Leis*; Cap. VII – *Das Preensões, Subsídios, Presídios, e Admuniculos da Hermenêutica*; Cap. VIII – *Da Aplicação do Direito*.

Pode-se procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios; porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio<sup>11</sup> (1).

O que se aceita como verdade, quando examinado de um modo geral, também se verifica em o caso especial a que este livro se refere direta e imediatamente, isto é, no campo da jurisprudência. Entretanto, ainda aí cumpre distinguir entre Interpretação no sentido amplo e a que se toma na acepção restrita. É da última que, em rigor, se ocupa a Hermenêutica; porquanto a primeira abrange a ciência do Direito, inteira; constitui “o grande e difícil problema cujo conhecimento faz o juriconsulto verdadeiramente digno deste nome” (2).

14 – Graças ao conhecimento dos princípios que determinam a correlação entre as leis dos diferentes tempos e lugares, sabe-se qual o complexo de regras em que se enquadra um caso concreto. Estrema-se do conjunto a que parece aplicável ao fato. O trabalho não está ainda concluído. Toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições<sup>12</sup> (1).

Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese (2). Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o *alcance* da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta.

Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta (3).

Não se trata de uma arte para simples deleite intelectual, para o gozo das pesquisas e o passatempo de analisar, comparar e explicar os textos; assume, antes, as proporções de uma disciplina eminentemente prática, útil na atividade diária, auxiliar e guia dos realizadores esclarecidos, preocupados em promover o progresso, dentro da ordem; bem como dos que ventilam nos pretórios os casos controvertidos, e dos que decidem os litígios e restabelecem o Direito postergado.

11 13 – (1) Caldara, op. cit., p. 4.

(2) Demolombe – *Cours de Code Napoléon*, vol. I, p. 138. Demolombe – *Cours de Code Napoléon*, vol. I, p. 138.

12 14 – (1) Korkounov – *Cours de Théorie Générale du Droit*, trad. Tchernoff, 1903, p. 525; Giuseppe Saredo – *Tratado delle Leggi*, 1866, nº 503.

(2) Reuterskioeld, op. cit., p. 58-59.

(3) Ludwig Enneccerus – *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., 1921, vol. 1, § 48; Max Salomon, op. cit., p. 64.

(4) François Geny – *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, 2ª ed., 1919, vol. I, p. 254. O dizer do Professor de Nancy foi transcrito quase literalmente.

Pode toda regra jurídica ser considerada como uma proposição que subordina a certos elementos de fato uma consequência necessária; incumbe ao intérprete descobrir e aproximar da vida concreta, não só as condições implícitas no texto, como também a solução que este liga às mesmas (4).

15 – A atividade do exegeta é uma só, na essência, embora desdobrada em uma infinidade de formas diferentes. Entretanto, não prevalece quanto a ela nenhum preceito absoluto: pratica o hermeneuta uma verdadeira arte, guiada cientificamente, porém jamais substituída pela própria ciência. Esta elabora as regras, traça as diretrizes, condiciona o esforço, metodiza as lucubrações; porém, não dispensa o coeficiente pessoal, o valor subjetivo; não reduz a um autômato o investigador esclarecido<sup>13</sup> (1).

Talvez constitua a Hermenêutica o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem. Como esta, é usada milhares de vezes inconscientemente, por aqueles que não conhecem os seus preceitos, a sua estrutura orgânica. A dificuldade para a teoria reside no estofô, na matéria, no objeto do estudo; bem como em o número ilimitado dos meios auxiliares e na multiplicidade das aplicações (2). Há desproporção entre a norma, legislativa ou consuetudinária, e o Direito propriamente dito, cuja natureza complexa não pode ser esgotada por uma regra abstrata. Cabe ao exegeta recompor o conjunto orgânico, do qual a lei oferece apenas uma das faces (3).

A interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não se dispõe, sequer, de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas. Embora clara a linguagem, força é contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais (4).

16 – Não é possível que algumas séries de normas, embora bem-feitas, sintéticas, espelhem todas as faces da realidade: *neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur* – “nem as leis nem os senátus-consultos podem ser escritos de tal maneira que em seu contexto fiquem compreendidos todos os casos em qualquer tempo ocorrentes”<sup>14</sup> (1).

13 – 5 – (1) Reuterskioeld, op. cit., p. 85.

(2) Regelsberger – *Pandekten*, vol. I, p. 140; Reuterskioeld, op. cit., p. 3.

(3) Savigny, vol. I, p. 42.

(4) Walter Jellinek – *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmaessigkeitserwaequng*, 1913, p. 162-83.

14 – 16 – (1) Iuliano, *apud Digesto*, liv. I, tit. 3, frag. 10.

(2) Dr. Max Gutt, op. cit., p. 23. Cf. Tom May – *Introduction à la Science du Droit*, 1920, p. 25-26.

(3) Deqm, op. cit., p. 50-51 (Verde n.º 23 e 24).

Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um Código, logo depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem-redigidos. Uma centena de homens cultos e experimentados seria incapaz de abranger em sua visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens. Não perdura o acordo estabelecido, entre o texto expresso e as realidades objetivas. Fixou-se o Direito Positivo; porém a vida continua, evolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos.

Transformam-se as situações, interesses e negócios que teve o Código em mira regular. Surgem fenômenos imprevistos, espalham-se novas ideias, a técnica revela coisas cuja existência ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar a sua obra. A letra permanece: apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social (2).

O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito (3).

Em França, as mais das vezes a jurisprudência criadora precedeu a legislação; daí o prestígio da frase de Celice, “o legislador é antes uma testemunha que afirma a existência do progresso do que um obreiro que o realiza” (4).

No Brasil aconteceu o mesmo: a Corte Suprema impediu, por meio de *ha-beas corpus*, durante o estado de sítio, o degredo para lugares sem sociabilidade; a Constituição de 1934 converteu as conclusões dos Acórdãos em regra suprema (artigos 175, § 1º; art. 209, III, da de 1946).

Não raro, a obra renovadora parte dos juízes inferiores (5), por isto mesmo, não há motivo para impor aos magistrados obediência compulsória à jurisprudência superior como faziam diversos tribunais locais mediante advertências e censuras.

Em França, o legislador inspirou-se nas inovações introduzidas pela jurisprudência, nos casos seguintes:

a) *Seguro de Vida*, sobretudo quanto ao abuso de direito dos seguradores; b) *Obrigações Naturais*, mormente quanto ao dever do pai de garantir o bem-estar e a independência econômica do filho que se casa; c) *Enriquecimento sem Causa*, especialmente com ampliar o alcance da ação *in rem verso* a todas as hipóteses em que um terceiro obtivesse vantagem de sacrifício ou esforço pessoal do autor; d) *Condições ilícitas*, atenuando os efeitos da diferença, fixada por lei, a esse respeito, entre atos a título oneroso e atos a título gratuito, e desenvolvendo a teoria da

---

(4) A. Maurin – *Le Rôle Créateur du Juge dans les Jurisprudences Canadienne et Française Comparées*, 1938, p. 91 e 105.

(5) Maurin, op. cit., p. 91.

(6) Maurin, op. cit., p. 105 60 e 238-54. Vede C. Maximiliano – *Direito das Sucessões*, nº 731.

causa impulsiva e determinante; *e) Abuso de Direito*, além dos casos de seguro de vida, admitindo outros, com referência às relações jurídicas entre vizinhos, e entre patrão e empregado, bem como ao uso de chicana forense; *f) Aplicação do preceito — a respeito de móveis, a posse tem o valor de título*; a jurisprudência vai reduzindo ao mínimo o valor desta regra, deixa amplo arbítrio ao juiz para decidir se a posse é equívoca, e atribui em prol do possuidor presunção *simples*, apenas, isto é, que admite qualquer prova em contrário (6).

17 — Sem embargo das exigências novas, decorrentes da evolução posterior ao Código, vigora este como se tudo previsse, como se fora preparado para todas as eventualidades e encerrasse a solução para qualquer caso possível. Daí se não depreende que a lei é completa, de fato; conclui-se, apenas, dever a mesma ser encarada e aplicada como se fora sem falhas, sem deficiências impossíveis de preencher<sup>15</sup> (1).

Ante a impossibilidade de prever todos os casos particulares, o legislador prefere pairar nas alturas, fixar princípios, — estabelecer preceitos gerais, de largo alcance, embora precisos e claros. Deixa ao aplicador do Direito (juiz, autoridade administrativa, ou homem particular) a tarefa de enquadrar o fato humano em uma norma jurídica, para o que é indispensável compreendê-la bem, determinar-lhe o conteúdo. Ao passar do terreno das abstrações para o das realidades, pululam os embaraços; por isso a necessidade da Interpretação é permanente, por mais bem formuladas que sejam as prescrições legais (2).

O legislador assemelha-se ao generalíssimo de um grande exército. Um experimentado chefe militar não ordena as menores operações de tática: abstenha-se de prescrever uma conduta para cada eventualidade. Dá instruções amplas: traça *diretivas* gerais; delineia um plano de larga estratégia; deixa as minúcias de ocasião à iniciativa individual, ou aos subcomandantes. Também o legislador oferece preceitos abstratos; traça os lineamentos exteriores da ordem jurídica, dentro dos quais o intérprete acomoda o caso concreto, isolado, e às vezes raro (3).

O jurista, esclarecido pela Hermenêutica, descobre, em Código, ou em um ato escrito, a frase implícita, mais diretamente aplicável a um fato do que o texto expresso. Multiplica as utilidades de uma obra; afirma o que o legislador decretaria, se previsse o incidente e o quisesse prevenir ou resolver; intervém como auxiliar prestimoso da realização do Direito. Granjeia especiais determinações, não por meio de novos dispositivos materializados, e, sim, pela concretização e desdobramento

15) 17 — (1) Salomon, *op. cit.*, p. 65-86.

(2) F. Laurent — *Principes de Droit Civil*, 4<sup>a</sup> ed., vol. I, n<sup>o</sup> 270.

(3) Gaston May, Prof. da Universidade de Paris, *op. cit.*, p. 75; Gmür, *op. cit.*, p. 74-75.

(4) Gmür, *op. cit.*, p. 77-88 e 80.

(5) R. Von Ihering — *l'Esprit du Droit Romain*, trad. Meulenaere, 3<sup>a</sup> ed., vol. III, p. 54.

O conceito do Professor de Göttingen foi traduzido quase literalmente.

(6) De Filippi — *Corso Completo di Diritto Civile Italiano Comparato*, 1908-10, vol. I, p. 34.



prático dos preceitos formais. Não perturba a harmonia do conjunto, nem altera as linhas arquitetônicas da obra; desce aos alicerces, e dali arranca tesouros de ideias, latentes até aquele dia, porém vivazes e lúcidos (4). Explica a matéria, afasta as contradições aparentes, dissipa as obscuridades e faltas de precisão, põe em relevo todo o conteúdo do preceito legal, deduz das disposições isoladas o princípio que lhes forma a base, e desse princípio as consequências que do mesmo decorrem (5).

Todo ato jurídico, ou lei positiva, consta de duas partes – o sentido íntimo e a expressão visível. Partir desta para descobrir aquele, através dos vocábulos atingir a ideia, fazer passar pela própria consciência a norma concreta, compreender o texto em seu significado e alcance; em uma palavra, subjetivar a regra objetiva: eis a operação mental que o intérprete realiza (6).

18 – Força é assimilar bem as disposições de Direito: o que o jurisconsulto procura conseguir para recompor a ciência sob formas novas; o magistrado, para decidir os litígios; o cidadão, para regular a própria conduta. Trata-se de um trabalho intelectual, às vezes muito simples, porém revestido sempre de cunho científico: procura reconhecer a norma em sua verdade, a fim de aplicá-la, com acerto, à vida real<sup>16</sup> (1).

19 – Examinada de perto, com especial esmero, uma simples frase não contém apenas a ideia na aparência objetivada; descobre ainda, na penumbra, e até na sombra, um pouco de luz, o brilho de um pensamento fecundo em aplicações práticas<sup>17</sup> (1).

Vem a pelo resumir a *Teoria da Projeção*, formulada pelo Dr. Carlos Jorge Wurzel (2). Afirma ele que, se pretendesse representar um conceito sob forma gráfica, decerto não optaria por figura geométrica, e, sim, por uma fotografia, com um núcleo em evidência e linhas exteriores gradualmente evanescentes. Com efeito, se contemplamos imagem fotográfica, à primeira vista se nos depara, nítida, distinta, a parte central ou, melhor, a que puseram diretamente em foco. Exame atento dos contornos faz ressaltar o que a princípio se nos ocultara. Apagam-se as linhas e as cores à proporção que demandam a periferia; porém é difícil determinar onde terminam as imagens e começa o fundo do quadro, o claro-escuro, vago, sem extremos precisos, perdido em penumbra cada vez mais espessa. Assim acontece relativamente ao conceito nas ciências empíricas. Oferece a imagem central, precípua, determinada, e em seguida a *zona de transição*, que fere menos vigorosamente a retentiva, abrange ideias menos nítidas, porém relacionadas todas com a principal. Provém isto da extrema complexidade dos fenômenos, do que resulta que alguns

16 18 – (1) Gmür. op. cit., p. 80-81.

17 19 – (1) Prof. Raymond Saleilles – Prefácio do livro de François Geny – *Méthode d'Interprétation*, 2ª ed., 1919; Gmür, op. cit. p. 72-73.

(2) Wurzel – Das Juristische Denken, in *Oesterreichisches Zentralblatt* cit., Viena, vol. 21, p. 762-767 e 948-951.

aspectos ou qualidades se oferecem com frequência maior e clareza notável; ao passo que outros pensamentos, abrangidos pelo mesmo conceito, são apreendidos apenas por um observador mais atento, experimentado, arguto.

No campo da Hermenêutica a teoria de Wurzel encontra aplicação direta. O elaborador de um Código moderno concentra em norma ampla, nítida, um princípio, uma regra geral. Circundam o núcleo, expresso, positivo, as idéias conexas espalhadas na *zona de transição*, na penumbra legal. Parte o intérprete do princípio em foco e descobre, nos lineamentos na aparência imprecisos dos contornos, verdades preciosas, que resolvem dúvidas, esclarecem situações, concorrem para a realização do objetivo supremo do Direito – a harmonia social, a ordem jurídica, alicerces, fundamento de todo progresso humano.

20 – A palavra, quer considerada isoladamente, quer em combinação com outra para formar a norma jurídica, ostenta apenas rigidez ilusória, exterior. É por sua natureza elástica e dúctil, varia de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização. Tem, por isso, a vantagem de traduzir as realidades jurídicas sucessivas. Possui, entretanto, os defeitos das suas qualidades; debaixo do invólucro fixo, inalterado, dissimula pensamentos diversos, infinitamente variegados e sem consistência real<sup>18</sup> (1). Por fora, o dizer preciso; dentro, uma policromia de idêntico.

Traçar um rumo nesse mar revolto; numa torrente de vocábulos descobrir um conceito; entre acepções várias e hipóteses divergentes fixar a solução definitiva lúcida, precisa; determinar o sentido exato e a extensão da fórmula legal – eis a tarefa do intérprete.

Não lhe compete apenas procurar atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis o único apropriado, concreto jurídico (2).

21 – Para aplicar bem uma norma jurídica, é insuficiente o esforço adaduto ao propósito de lhe conhecer o sentido objetivo, a significação verdadeira. Há casos em que esta se adota com a maior amplitude; outros, em que se exigem restrições cautelosas. A Hermenêutica oferece os meios de resolver, na prática, as dificuldades todas, embora dentro da relatividade das soluções humanas; guia o executor para descobrir e determinar também o *alcance*, a *extensão* de um preceito legal, ou dos termos de ato de última vontade, ou de simples contrato.

22 – Alguns autores adotam o título *Interpretação das Leis* para os livros, ou capítulos, em que traçam regras de Hermenêutica. A preferência não se justifica. De fato, sobre as leis recai a maior atividade investigadora do exegeta esclarecer

18 – 20 – (1) François Geny – *Science et Technique en Droit Privé Positif*, 1914, vol. I, p. 150-51

(2) Dr. Josef Kohler – *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 1906-1915, vol. I, p. 125-126

lhes o significado e descobrir-lhes o conteúdo constituem para ele o objetivo principal, porém não – exclusivo. Já se expõe ao risco de forçar um pouco o sentido dos vocábulos aquele que inclui na denominação de *leis* o Direito Consuetudinário; decretos do Poder Executivo; regulamentos em geral; avisos e portarias ministeriais; instruções e circulares de autoridades administrativas<sup>19</sup> (1). Entretanto, ainda assim a epígrafe adotada varreria, implicitamente, do campo da Interpreta-

19 2 – (1) Francesco Degni faz a inclusão mencionada; embora no mesmo livro, distinga da interpretação das leis a do Direito Consuetudinário (*l'Interpretazione della Legge*, 1909, p. 2 e 50-56).

(2) Paul Vander Eycken – *Méthode Positive de l'Interprétation Juridique*, 1907, p. 18.

Parecem elucidativas algumas definições formuladas por afamados juristas:

“Interpretação é a pesquisa e a explicação do sentido da lei” (Coviello – *Manuale di Diritto Civile Italiano*, 2ª ed., 1915, vol. I, nº 62).

Semelhante é o dizer de Ahrens – *Encyclopédie Juridique*, trad. Chauffard, vol. I, p. 104.

“Chama-se Interpretação a determinação do verdadeiro *significado* da norma jurídica” (Bierling, Professor da Universidade de Greifswald, vol. IV, p. 197). Pensam do mesmo modo Pacifici-Mazzoni (*Instituzioni di Diritto Civile Italiano*, 3ª ed., vol. I, p. 30, nº 16) e Caldara (op. cit., p. 5).

“Interpretação é a atividade científica dirigida para descobrir o *conteúdo* de uma norma jurídica” (Crome – *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1900-1912, vol. I, p. 96). Pronunciaram-se de maneira quase igual Windscheid (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8ª ed., vol. I, p. 81), Dernburg (*Pandette*, trad. Cicala, vol. I, p. 85), Gludice (*Enciclopedia Giuridica*, 2ª ed., p. 30), Ferrini (*Diritto Romano*, 1898, p. 7) e Savigny (op. e trad. cit., vol. I, p. 202).

“A Interpretação descobre o conteúdo de um texto legal e o exprime por outras palavras” (Gmür, op. cit. p. 35).

“Chama-se Interpretação a operação lógica efetuada para se compreender o que a lei prescreve, a *mens* ou *sententia legis* ou *legislatoris*” (Bonfante – *Instituzioni di Diritto Romano*, 2ª ed., p. 23).

“Interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras” (Clóvis Beviláqua – *Teoría Geral do Direito Civil*, p. 47).

“Prescreve-se a Interpretação, em geral, – para fixar a regra de determinada relação jurídica mediante a percepção clara e exata da norma sancionada pelo legislador” (Pasquale Fiore – *Delle Disposizioni Generali sulla Pubblicazione, Applicazione ed Interpretazione delle Leggi*, 1890, vol. II, p. 517).

“Interpretação é a declaração precisa do *conteúdo* e do verdadeiro *sentido das normas jurídicas*” (Espínola – *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, 1908, vol. I, p. 125). Opinaram em termos mais ou menos idênticos Henri Capitant (*Introduction à l'Étude du Droit Civil*, 3ª ed., 72) e Degni (op. cit., p. 1).

“Explicar o *sentido* e o *alcance* da norma jurídica – eis a tarefa da Interpretação” (Korkounov, Prof. da Universidade de Petrogrado, op. e trad. cit., p. 525). Doutrinaram de acordo com o mestre russo: Baudry-Lacantinerie & Houques-Fourcade (*Traité théorique et pratique de Droit Civil, Des Personnes*, 2ª ed., vol. I, nº 240), Planiol (*Traité Élémentaire de Droit Civil*, 7ª ed., vol. I, nº 215) e Kohler, Prof. da Universidade de Berlim (vol. I, p. 122).

Do confronto e da crítica das várias definições transcritas resultará talvez justificada a preferência pelo conceito seguinte, que é o transunto de todas elas, a *Interpretação tem por objeto determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*.

ção, materiais que ali deveriam ser colocados: usos, decisões judiciais; contratos, testamentos e outros atos jurídicos; ajustes e tratados internacionais; convenções interestaduais ou intermunicipais. Discriminam-se as mencionadas ordens diferentes de prescrições conforme o agente de que emanam; conservam, todavia, uma essência comum; são fenômenos jurídicos; enquadram-se em uma denominação geral – *expressões do Direito* (2).

## VONTADE DO LEGISLADOR

23 – Preceituava a *Escola da Exegese em Direito Positivo*, a corrente tradicionalista por excelência, que o objetivo do intérprete seria descobrir, através da norma jurídica, e revelar – a vontade, a intenção, o pensamento do legislador<sup>20</sup> (1).

Na verdade os *sofistas* ensinavam, outrora, que a norma jurídica nascia de um acordo entre os cidadãos acerca do que se devia fazer ou deixar de fazer. O legislador criava o Direito; este surgia como produto de opiniões ou convicções individuais (2).

A vetusta *Escola Teológica* repeliu esse conceito; porque fez o Direito provir do céu, como ideia inata, inscrita nas almas pelo próprio Deus. Nenhum jurista à altura da sua época ousará hoje sustentar a doutrina dos sofistas atenienses. Em todo caso, predominou até o século XVIII a crença de que o Direito, a Moral e demais instituições humanas eram descobertas de sábios, dádivas dos fundadores de civilizações, ou verdades reveladas pelos profetas, videntes, magos.

Vico atribuiu tudo à coletividade; lançou as bases da psicologia social. Seguiu-o a *Escola Histórica*. Hoje não mais se acredita na onipotência do legislador; não se interpreta o Direito como obra artificial do arbítrio de um homem, ou de um grupo reduzido, e, sim, elaboração espontânea da consciência jurídica nacional, fenômeno de psicologia coletiva, um dos produtos espirituais da comunidade (3).

Na verdade, em pleno século dezoito, a Escola de Vico proclamara vitoriosa: “não ser o Direito o produto de uma vontade que se imponha e opere exteriormente sobre a vida dos povos, mas a realização e a expressão do espírito da coletividade” (4). Espelha o pensamento generalizado; não é criação original de poucos, à maioria, à própria *demos*, superiormente imposta.

20 23 – (1) Domat – *Teoria da Interpretação das Leis*, trad. de J. H. Correia Teles, reproduzida integralmente no *Código Filipino*, de Cândido Mendes, vol. III, p. 425, nº 4.

(2) Ferdinando Puglia, Prof. da Universidade de Messina – *Saggi di Filosofia Giuridica*, 2ª ed., p. 25.

(3) Icilio Vanni – *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 4ª ed., 1920, p. 182-83; Sabino Jandoli – *Sulla Teoria della Interpretazione delle Leggi con Speciale Riguardo alle Correnti Metodologiche*, 1921, p. 22-23.

(4) Giacomo Perticone – *Lezioni del Diritto dello Stato*, 1937, p. 56.

Vede nº 16.

24 – A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, *determinada*; livre na aparência apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutro sentido, de acordo com o seu temperamento, produto do meio, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos. Por outro lado, as ideias emanam do ambiente; não surgem desordenadamente, segundo o capricho ou a fantasia do que lhes dá forma concreta. “São rítmicos os movimentos todos, inclusive os sociais e o das doutrinas que a estes acompanham”<sup>21</sup> (1).

O pensamento não se mantém escravo da vontade; conserva a independência própria; não é apenas individual; eleva-se à altura de fenômeno sociológico; não representa o trabalho de uma inteligência apenas, e, sim, algo de ilimitado, infinito, o produto do esforço cerebral de séculos; no âmago encerra conceitos de que o próprio autor aparente se não apercebe às vezes. Por isso, não mais se apresenta, nem ensina a História como simples repositório de façanhas dos reis. Heróis não fundam nações. Eles são meros expoentes da bravura coletiva; órgãos da energia geral. A prova de que o indivíduo influi em escala reduzida no desenrolar dos fatos sociais ressalta de não se deter a marcha vitoriosa de um exército, nem retardar o progresso vertiginoso de um grande país, após o traspasse de um chefe aparentemente insubstituível. Por outro lado, o homicídio de um déspota não faz raiar a liberdade; o revolucionário sincero de hoje será o descontente de amanhã, pelo contraste entre as promessas de opositoristas e as realizações de triunfadores. Também a ciência do Direito abrange um conjunto de fenômenos sociais; como a História, deve atender menos ao esforço do homem isolado do que à ação complexa da coletividade (2).

21 24 – (1) Herbert Spencer – *Justice*, trad. de Castellet, 2ª ed., p. 44. No mesmo sentido doutrinaram Wurzel, in *Oesterreichisches Zentralblatt* cit., vol. 21, p. 766-767, e Roberto de Ruggiero, Prof. da Universidade de Roma – *Istituzioni di Diritto Civile*, 7ª ed., vol. I, § 17, b, p. 129-30.

(2) Kohler, Prof. da Universidade de Berlim, vol. I, p. 123.

(3) Jethro Brown – *The Underlying Principles of Modern Legislation*, 1915, p. 38.

(4) Brown, Prof. da Universidade de Adelaide, na Austrália, op. cit., p. 137 e 140.

No Império do Brasil havia dois partidos políticos: Liberal e Conservador. A ideia mais sedutora e brilhante do primeiro, combatida pelo segundo em certa época, foi por este realizada parcialmente, a princípio; de modo definitivo, depois: Ministério e Câmara de *conservadores* elaboraram a lei de 28 de setembro de 1871, chamada — do *Ventre Livre*, porque declarava isentos da servidão os filhos de mulher escrava nascidos no Brasil; e concluíram a obra em 13 de maio de 1888, com a *Lei da Abolição*, assim denominada porque extinguiu a escravidão no País.

Na política Inglesa e na dos Estados Unidos, Ostrogorski aponta inúmeros exemplos de falta de apego aos programas, semelhança nas atitudes, plano de um partido observado ou completado pelo outro, malgrado o antagonismo aparente dos ideais orgânicos (Ostrogorski – *La Démocratie et l'Organisation des Partis Politiques*, 1903, 2 vols.).

Em regra, o ideal é auto-inconsciente do que consciente. Surge e avulta de modo lento e quase imperceptível, atua e toma expressão na realidade antes de ser formulado em palavras (3). O indivíduo que legisla é mais ator do que autor; traduz apenas o pensar e o sentir alheios, reflexivamente às vezes, usando meios inadequados de expressão quase sempre. Impõem-no forças irresistíveis, subterrâneas, mais profundas do que os antagonismos dos partidos. De outro modo se não explica o fato, verificado em todos os países, de adotar uma facção no poder as ideias, os projetos e as reformas sustentadas pelo adversário, dominador na véspera; um grupo realiza o programa dos contrários e, não raro, até as inovações que combatera (4).

25 – Entretanto, não se deve exagerar a importância do fator coletivo, social, sobre a legislação; ele predomina, porém não de modo exclusivo. Qualquer doutrina absoluta é falsa; tudo é relativo. De menor valia do que se pensou outrora, parece hoje o coeficiente individual, porém existe, atua, não pode ser desprezado (1). Ora consciente, ora inconsciente, opera como encaminhador ou, pelo menos, propulsor da evolução legal. Descobre os meios para exprimir, de modo eficiente, a vontade coletiva. Não cria o Direito; porém revela-o, reduzindo-o a uma forma viável, apreciável, concreta. As contingências históricas e reais refletem-se no sentir individual; o homem objetiva em uma norma precisa o produto da consciência jurídica da coletividade.

O Direito Positivo é o resultado de ação lenta e reação oportuna. O ambiente age sobre a inteligência, moderando-a, imprimindo-lhe caracteres determinados; afinal o indivíduo reage sobre a natureza, dominando-a, por sua vez, com a sua atividade modificadora, transformadora, indiscutivelmente eficiente (2). A natureza humana amolda as instituições jurídicas; por sua vez estas reagem sobre aquela; dessa influência recíproca afinal resulta o equilíbrio almejado, uma situação relativamente estável (3).

Enfim a ação do ambiente é decisiva nas linhas gerais do Direito; quanto mais este se especializa, mais se faz sentir o fator individual: entra o progresso, em todos os seus aspectos, a depender da consciência Jurídica, habilidade, tato, previdência e decisão do legislador. Aparece este como órgão coordenador e transmissor do pensamento da coletividade.

As condições fundamentais da vida em comum constituem a *justiça*; porém existe a possibilidade de não serem observadas espontaneamente; ora, a sociedade

22 25 – (1) Brown, op. cit., p. 129.

(2) Francesco Cosentini – *Filosofia del Diritto*, 1914, p. 52-53; Luigi Miraglia – *Filosofia del Diritto*, 2ª ed., vol. I, p. 252, 253.

(3) Herbert Spencer, op. cit., p. 173.

O dizer do professor da Universidade de Roma foi reproduzido quase literalmente, quanto aos dois últimos períodos.

(4) O conceito é de Wach, Hueb e outros; outros, jurisprudentes.

e a cooperação devem perdurar, a fim de atingir a humanidade os seus objetivos superiores; logo, não pode ficar abandonado ao arbítrio dos indivíduos o que é essencial à sua coexistência ordeira e promissora.

Foram, pois, traçadas regras de conduta irrefragavelmente obrigatórias e eventualmente coercitivas, para forçar à obediência as vontades recalcitrantes.

No meio-termo está a verdade: embora não prevaleça o evolucionismo mecânico em seu propósito de anular, de todo, o fator individual, nem por isso há de ser hoje restaurado o método antigo de exegese. As contingências sociais criaram a necessidade, a norma brotou quase espontânea, o fator subjetivo existiu, ativo, eficiente, porém, *menos original, poderoso, autônomo* do que o considerava a Filosofia antiga. O legislador não tira do nada, como se fora um Deus; é apenas o órgão da consciência nacional. Fotografa, objetiva a ideia triunfante; não inventa, reproduz; não cria, espelha, concretiza, consigna. O presente, outrora considerado como obra de um homem – “não é mais do que um momento nesse rio perene da vida”, como observa Savigny. *Pode a lei ser mais sábia do que o legislador* (4); porquanto abrange hipóteses que este não previu.

26 – Parece oportuno declarar, sem refulgos, não constituir privilégio dos adeptos da filosofia positiva contemporânea o combate ao sistema que se empenha na pesquisa da vontade do prolator de uma norma jurídica. De fato, comtistas e spenceristas oferecem um fundamento mais, para repelir a concepção estreita da exegese; porém não ficam isolados no seu modo de compreender a Hermenêutica. Por outras razões, adiante especificadas, racionalistas e teólogos também se insurgem contra a teoria decrépita<sup>23</sup> (1).

Na verdade (seja qual for a orientação filosófica do jurista, não deixará ele de reconhecer ter sido menos difícil outrora aprender a *intenção* do legislador, quando este era o monarca absoluto. Contudo, já naquele tempo se contestava que simples trechos de um diário, notas pessoais, pudessem esclarecer o *pensamento* objetivado no texto. Em todo caso, em exposição de motivos anteposta aos repositórios de normas positivas, em leis posteriores ou simples soluções de consultas formuladas pelos juízes, o soberano explicava o seu próprio dizer.

23 26 – (1) Com ser deísta, Bismarck se não distanciava, no fundo, da concepção spenceriana, ou comtista, do homem de governo. Dizia ele:

“O estadista não pode inventar; nem criar coisa alguma; cabe-lhe apenas esperar e ficar à escuta até ouvir, através dos acontecimentos, o rumor dos passos do Eterno; e então saltar à frente deste e segurar-lhe as pontas do manto: isto é tudo” (Erwin Rose – *Bismarck der grosse Deutsche*, 6ª ed., p. 164).

A coexistência dos dois fatores, sociológico e individual, foi apreendida por Frederico, o Grande, que a concretizou na seguinte máxima: “Apanhar a ocasião e empreender quando ela é favorável; porém não a forçar, abandonando tudo ao acaso” (Albert Sorel – *L'Europe et la Révolution Française*, 1905, vol. I, p. 23).

(2) Kohler, vol. I, p. 129-141; Coviello, vol. I, p. 63-64.

Mudaram as circunstâncias em que se concretiza o fenômeno jurídico. A ação do legislador é real, eficiente, porém não clara, definida, expressiva. Há o impulso inicial e necessário de um, segue-se, entretanto, a colaboração milímoda, variadíssima, de muitos, sensível, verificável, no conjunto, porém inapreciável, às vezes até imperceptível, relativamente às minúcias.

Quantos fatores atuam até surgir o conceito definitivo! Em uma das forjas da lei, no parlamento, composto, em regra, de duas câmaras, fundem-se opiniões múltiplas, o conjunto resulta de frações de ideias, amalgamadas; cada representante do povo aceita por um motivo pessoal a inclusão de palavra ou frase, visando a um objetivo particular a que a mesma se presta; há o acordo aparente, resultado de profundas contradições. Bastas vezes a *redação final* resulta imprecisa, ambígua, revelando-se o produto da inelutável necessidade de transigir com exigências pequeninas a fim de conseguir a passagem da ideia principal.

Se descerem a exumar o *pensamento* do legislador, perder-se-ão em um baratro de dúvidas maiores ainda e mais inextricáveis do que as resultantes do contexto. Os motivos, que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a aceitá-la. Não parece decisivo o fato de haver um congressista expendido um argumento e não ter sido este combatido; a urgência, a preocupação de não irritar um orgulhoso cuja colaboração se deseja, ou cuja obstrução ao projeto se receta; uma indisposição individual, sobretudo um *leader* de câmara ou relator de Comissão Permanente; mil fatores ocasionais podem concorrer para um silêncio forçado; daí resultaria a falsa aparência de concretizar uma frase, emenda ou discurso as razões do voto no plenário, a *intenção* predominante, a diretriz real da vontade da maioria.

Quantas vezes um simples artigo de jornal influi mais nas deliberações de um congresso do que orações parlamentares!

O projeto peregrina pelos dois ramos do Poder Legislativo, em marchas e contramarchas, recebendo retoques de toda ordem, a ponto de o renegar afinal, estantado do aspecto definitivo da própria obra, o autor primitivo da medida. Como descobrir, naquele labirinto de ideias contraditórias e todas parcialmente vencedoras, a vontade, o pensamento, a intenção diretora e triunfante?

Afinal o Executivo sanciona, sem dar as razões do seu ato: talvez entre estas, figurem o cansaço de vetar proposições más (o que faz tolerar as menos nocivas); a fim de não melindrar com demasiada frequência os representantes do povo); uma transação política, o receio de provocar desordens, a ânsia de fortalecer a receita ou diminuir a despesa, e mil outras eventualidades, que não influíram no propósito dos deputados e senadores (2).

27 – A vontade do legislador não será a da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto, não podem querer o que não conhecem. Quando muito, desejam o principal: por exemplo, abaixar, ou elevar um imposto; cominar, ou abolir uma pena. Às vezes, nem isso; no momento dos sufrágios, per-



guntam do que se trata, ou acompanham, indiferentes, os *leaders*, que por sua vez prestigiam apenas o voto de determinados membros da Comissão Permanente que emitiu parecer sobre o projeto. Logo, em última análise, a vontade, do legislador é a da minoria; talvez de uma *elite* intelectual, dos competentes, que figuram nas assembleias políticas em menor número sempre, *rari nantes in gurgite vasto*.

Por outro lado, não só é difícil determinar aquela intenção volitiva, como, também, distingui-la do *sentido* da lei, ou ao menos mostrar quanto influi no significado de uma norma jurídica e como fora impelida pelos motivos geradores de um texto positivo<sup>24</sup> (1).

28 – A base de todo o trabalho do exegeta seria uma ficção: buscaria uma vontade possível, agente, ativa no passado e as conclusões logicamente decorrentes desse intento primitivo<sup>25</sup> (1). Não se trata apenas dos tempos imediatamente posteriores à lei, quando é menos difícil estudar e compreender o *meio*, o ambiente em que foi o texto elaborado, as ideias dominantes, as divisões das assembleias, as vitórias parciais de um grupo, as transigências da maioria com este ou aquele pendor dos contrários. A tarefa, nesse caso, ainda seria pesada, porém em grande parte realizável. Entretanto, a letra perdura, e a vida continua; surgem novas ideias; aplicam-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes; a lei enfrenta imprevistas criações econômicas, aspirações triunfantes, generalizadas no país, ou no mundo civilizado; há desejo mais veemente de autonomia por um lado, e maior necessidade de garantia por outro, em consequência da extensão das relações e das necessidades do crédito. Força é adaptar o Direito a esse mundo novo aos fenômenos sociais e econômicos em transformação constante, sob pena de não ser efetivamente justo, – *das richtige Recht*, na expressão feliz dos tudescos (2).

Portanto a doutrina e a jurisprudência, ora consciente, ora inconscientemente, avançam dia a dia, não se detêm nunca, acompanham o progresso, amparam novas atividades, sustentam as modernas conquistas, reprimem os inesperados abusos, dentro dos princípios antigos, evolutivamente interpretados, num esforço dinâmico inteligente, sem embargo de aludirem ainda muitos a uma vontade diretora, perdida nas trevas de passado remoto. Eis aí a ficção: presume-se o impossível;

24 27 – (1) Prof. Wigmore – *The Judicial Function*, prefácio da *Science of Legal Method*, de Bruncken & Register, p. XXXIII.

25 28 – (1) Fritz Berolzheimer – *Me Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz*, 1911, p. 7 e 19; R. Saleilles – Prefácio cit., p. XIV.

(2) Francesco Ferrara – *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, 1921, p. 210; Saleilles – Prefácio cit., p. XIV-XV.

(3) Ferrara, Prof. da Universidade de Pisa, vol. I, p. 210 a 212; Saleilles – Prefácio cit., p. XV-XVII; Theodor Rittler – *Lehrbuch des Oesterreichischen Strafrechts*, vol. I, 1933, p. 23-24.

(4) Alfred Bozi – *Die Weltanschauung der Jurisprudenz*, 2ª ed., 1911, p. 88-89; Berolzheimer, op. cit., p. 5-6.

que o legislador de decênios atrás previu as grandes transformações até hoje operadas, e deixasse, no texto elástico, a possibilidade para abrigar no futuro direitos periclitantes, oriundos de condições novíssimas. A sua visão profética atingiu não só os problemas jurídicos, mas o estado de coisas que os fez surgir; de sorte que, educado em velha escola filosófica ou econômica, ele atravessaria a História, espelhando hoje os postulados de uma corrente intelectual, amanhã os de outra, e assim sucessivamente, sempre renovado, variando sempre, como um fenomenal Proteu.

Se fôssemos, a rigor, buscar a intenção ocasional, precípua do legislador, o encontraríamos visando horizonte estreito, um conjunto de fatos concretos bastante limitado. Quase sempre a lei tem por fundamento um abuso recente; os seus prolores foram sugestionados por fatos isolados, nitidamente determinados, que impressionaram a opinião, embora a linguagem mantenha o tom de ideias gerais, preceito amplo. O legislador não suspeitou as múltiplas consequências lógicas que poderiam ser deduzidas de suas prescrições; não estiveram na sua vontade, nem se encontraram na sua intenção. Os tribunais apenas desenvolveram um princípio sólido, uma ideia precisa, sem embargo do pensamento gerador, primitivo, e às vezes até em possível, senão provável, divergência com este (3).

O aplicador moderno da lei antiga, se acaso se refere à intenção do legislador, obedece a um pendor *misoneísta*, age sob o impulso do hábito inveterado, empresta as cores da realidade a uma figura que não vem ao caso, não cogitou do presente, não poderia prever tudo; em suma, o exegeta simula buscar a força ativa primordial, porém, de fato, recorre a uma entidade inexistente, fantástica; braceja no desconhecido, e volta com ares de ter descoberto a verdade, quando apenas se embala e se perde no mundo da ficção. Transplanta-se, em espírito, ao lugar e à época em que o legislador viveu, deliberou e agiu, e resolve hoje como se pensou ontem. Portanto, o Direito, segundo a doutrina, tradicionalista extremada, despreza as exigências mutáveis e sucessivas da vida prática e ergue barricadas contra a sua própria modernização (4).

29 – É um mal necessário a rigidez da forma; ao invés de o abrandarem com a interpretação evolutiva, agravam-no com a estreiteza da exegese presa à vontade criadora, primitiva, imutável. Se há proveito por um lado, avulta o prejuízo maior por outro: o que a lei ganha em segurança, perde em utilidade; menos viável se torna o sofisma, porém fica excessivamente restrito o campo de aplicação da norma. Ora, incumbe à Hermenêutica precisamente buscar os meios de aplicar a riqueza, à infinita variedade dos casos da vida real à multiplicidade das relações humanas, a regra abstrata objetiva e rígida<sup>26</sup> (1).

30 – A dificuldade em executar o processo tradicional antolha-se nos formidável, quase irresolúvel, entre os povos democráticos: cumpre insistir sobre esta

26 – 29 – (1) Landoli, op. cit., p. 19

verdade. O legislador não tem personalidade física individual, cujo pensamento, pendores e vontades se apreendam sem custo. A lei é obra de numerosos espíritos, cujas ideias se fundem em um conglomerado difícil de decompor. Os próprios *trabalhos parlamentares* quase sempre concorrem mais para aumentar do que para diminuir a confusão. Além destas razões já desenvolvidas, outra avulta e impõe-se: por mais arguto que seja o juiz, não se liberta, de todo, da influência das ideias ambientes; de sorte que ele aquilata o valor dos *materiais legislativos* com uma medida diversa da que empregou o elaborador primitivo do texto, o coordenador de opiniões divergentes, relator de comissões parlamentares ou jurista pelas mesmas solicitado a prestar o auxílio técnico. O homem de hoje não vê os fatos do passado pelo mesmo prisma adotado pelos antecessores; decerto a uns impressionam mais certos argumentos que não prevaleceram no espírito de outros, diferentemente orientados; o que a este pareceria decisivo, à luz das ideias da sua época, àquele se antolharia desprezível, secundário, menos digno de apreço<sup>27</sup> (1).

Foge-se do embaraço com substituir a realidade impalpável, inatingível, por uma ficção: o juiz recorre ao que se supõe que o legislador quis ou, pelo menos, deveria ter querido (2). A última hipótese é a mais frequente; pois se refere aos casos em que não aparece claramente a intenção do autor de um texto positivo. Por isso, respondeu bem o célebre membro da *Court of Common Pleas*, no século quatorze, quando lhe perguntaram qual a vontade do legislador, ou, ao menos, a dos juizes, manifestada em várias decisões: “*Law is reason.*” “A lei é a razão”, é obra do bom-senso, aplicação lógica de um princípio superior às realidades sociais contemporâneas.

31 – O uso do condenado processo de exegese perdura como um caso de *misonéismo*, prova da grande resistência das ideias tradicionais, documento da tendência obstinada para o retrocesso. Um passado morto transfigura-se para se impor e dominar ainda: a lei era outrora a vontade do rei; tentam hoje substituir apenas o soberano Rex pelo soberano *Demos*<sup>28</sup> (1).

32 – Além de retrógrada, afigura-se-nos temerária empresa a de descobrir em um todo heterogêneo o fator *psicológico da intenção*. Emendas a projetos surgem nas câmaras e alcançam maioria de votos, embora desacompanhadas de palavras justificativas. A vontade do autor conserva-se obscura, difícil, senão impossível de deduzir. Esse fato, aliás frequente, comezinho na vida parlamentar, forçou os *tradicionalistas* a admitir, ao lado da intenção real, a *intenção suposta*. Demolombe foi mais longe; para ele, basta que o hermeneuta se abstenha de inventar; se limite

27 30 – (1) Bozi, op., cit., p. 90-91.

(2) Berolzheimer, op. cit., p. 169-170; Wurzel, vol. 21 cit., p. 772.

28 31 – (1) Roscoe Pound – Courts and Legislation, in *Sc. of Legal Method* cit., p. 227-228.

a descobrir, elucidar, de luar, reconhecer, embora atribua ao legislador intenções que este não teve... melhores ou piores" (1).

Na verdade, a ideia de indagar apenas qual o pensamento dos elaboradores de uma norma é de tal modo difícil de sustentar em toda a linha que até mesmo apolo-gistas de largo prestígio científico preferem conciliá-la com a evolução, admitir que o espírito, o conteúdo da lei se altera sem ser modificada a forma. O juiz aplica, hoje, os preceitos anulatórios dos contratos incompatíveis com a Moral; porém toma por base esta como se entende no presente, e não a da época em que foi o texto promulgado.

Também as noções de ordem pública, higiene e outras variam com as ideias do *meio ambiente*, e assim *mutáveis* as compreende o hermeneuta (2).

A lei é a vontade transformada em palavras, uma força constante e vivaz, objetivada e independente do seu prolator; procura-se o sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira (3).

O aplicador extrai da fórmula concreta tudo o que ela pode dar implícita ou explicitamente, não só a ideia direta, clara, evidente, mas também a indireta, ligada à primeira por mera semelhança, deduzida por analogia. Eis por que se diz que "a lei é mais sábia que o legislador"; ela encerra em si um infinito conteúdo de cul-tura; por isso também, raras vezes o respectivo autor seria o seu melhor intérprete (4). A própria escola tradicionalista procura compreender o elaborador da norma jurídica de modo mais profundo e amplo do que ele compreenderia a si próprio: abranger o que o mesmo realizou inconscientemente, pôr em evidência conceitos e perspectivas às quais o legislador permaneceu alheio, porém fáceis de enquadrar na fórmula concreta em que se objetivou o sentir subjetivo e restrito (5).

33 – A pesquisa da intenção ou do pensamento contido no texto arrasta o in-térprete a um terreno movediço, pondo-o em risco de tresmalhar-se em inundações subjetivas. Demais restringe o campo da sua atividade: ao invés de a estender a toda a substância do Direito, limita ao elemento espiritual da norma jurídica, isto é, a uma *parte* do objeto da exegese e eventualmente um dos instrumentos desta<sup>30</sup> (1).

29 32 – (1) Julien Bonnacase – *L'École de L'Exégèse en Droit Civil*, 1919, p. 22-23; Demolombe, Prof. da Faculdade de Direito de Paris, vol. 1, p. 136.

O conceito de Demolombe ajusta-se ao já citado, de Wach, Thoel e outros; "a lei é mais sábia do que o legislador".

(2) Paul Oertmann – *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, 1909, p. 35; Geny, vol. I, p. 264, 272, 274.

(3) Wach – *Handbuch des deutschen Civilprozessrechte*, 1885, vol. I, p. 254 e seqs.; Reutenlo-eld, op. cit., p. 23; Mario Rotondi, Prof. da Universidade Católica de Milão – *Legge Interpre-tazione della*, monografia in *Nuovo Digesto Italiano*, 1937-1940, vol. VII, nº I.

(4) Crome, Prof. da Universidade de Bonn, vol. I, p. 197; Kohler, vol. V, p. 124.

(5) Bierling, vol. IV, p. 200.

30 33 – (1) Caldara, op. cit., p. 5-6.

(2) Vede os capítulos – *Elemento Histórico, Processo Sistemático e Elemento Ideológico*.

(3) Géza Kiss – *Gesetzesauflegung und ungeschriebenes Recht*, 1911, p. 19, nota 8; Filomena Guelli – *Enciclopedia Giuridica*, 6ª ed., p. 144.

Reduzir a interpretação à procura do intento do legislador é, na verdade, confundir o *todo* com a *parte*; seria útil, embora nem sempre realizável, aquela descoberta; constitui um dos *elementos* da Hermenêutica; mas, não o *único*; nem sequer o principal e o mais profícuo; existem outros, e de maior valia. Serve de base, como adiante se há de mostrar, ao processo *histórico*, de menor eficiência que o *sistemático* e o *teleológico* (2).

Procura-se, hoje, o sentido *objetivo*, e não se indaga do processo da respectiva formação, quer individual, no caso do absolutismo, quer coletiva, em havendo assembleia deliberante, – como fundamento de *todo* o labor do hermeneuta. Exige-se um texto vivo; tolerar-se-ia a ficção de um legislador que falasse atualmente, e não de pessoa morta, que houvesse fixado o seu ideal e *última vontade* no Direito escrito, como faz o particular no testamento (3).

34 – A ação do tempo é irresistível; não respeita a imobilidade aparente dos Códigos. Aplica-se a letra intata a figuras jurídicas diversas, resolve modernos conflitos de interesses, que o legislador não poderia prever. Só assim se explica a longevidade do Direito romano, incompatível esta com a teoria que se contenta com a descoberta de uma *vontade* inspiradora de preceitos legais<sup>31</sup> (1). Aplicam-se as prescrições coordenadas no tempo de Justiniano aos casos de contato tácito, dano, etc., verificados com instalações de eletricidade, captação de força motriz hidráulica, navegação a vapor, telegrafia, uso de automóveis, e mil outras eventualidades criadas pelo progresso e impossíveis de prever há quatorze séculos. Por esse processo dinâmico se eternizam as fórmulas primitivas, com lhes imprimir significado que os seus autores não vislumbraram.

Se de outra forma se agisse e se ativesse ao pensamento rígido, limitado, primordial, a uma vontade morta e, talvez sem objeto hoje, porquanto visara a um caso concreto que se não repete na atualidade; então o Direito positivo seria uma remora, obstáculo ao progresso, monólito inútil, firme duro, imóvel, a atravancar o caminho da civilização, ao invés de o cercar apenas de garantias (2) ... Por isso os próprios partidários da doutrina tradicionalista se veem forçados a reconhecer que o intérprete melhora o texto sem lhe alterar a forma; a fim de adaptar aos fatos a regra antiga, ele a subordina às imprevistas necessidades presentes, embora chegue a postergar o pensamento do elaborador prestigioso; deduz corretamente e aplica inovadores conceitos que o legislador não quis, não poderia ter querido exprimir (3).

31 34 – (1) Lorenz Brütt – *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 1907, p. 62; Géza Kiss, Prof. da Universidade Húngara, de Grosswardein, op. cit., p. 19 e nota 7.

(2) Bozi, op. cit., p. 227-28.

(3) Johannes Biermann – *Bürgerliches Recht*, 1908, vol. I, p. 28-29; Capitant, Prof. da Universidade de Paris, op. cit., p. 77; Windscheid, Prof. da Universidade de Leipzig, vol. I, p. 85-86.

35 – Com a promulgação, a lei adquire vida própria autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor! (1) Consideram-na como “disposição mais ou menos imperativa, materializada num texto, a fim de realizar sob um ângulo determinado a harmonia social, objeto supremo do Direito”. Logo, ao intérprete incumbe apenas determinar o sentido *objetivo* do texto, a *vis ac potestas legis*; deve ele olhar menos para o passado do que para o presente, adaptar a norma à finalidade humana, sem inquirir da vontade inspiradora da elaboração primitiva (2).

“A lei é a expressão da vontade do *Estado*, e esta persiste autônoma, independente do complexo de pensamentos e tendências que animaram as pessoas cooperantes na sua emanção. Deve o intérprete descobrir e revelar o conteúdo de vontade *expresso em forma constitucional*, e não as volições algures manifestadas, ou deixadas no campo intencional; pois que a lei não é o que o legislador quis, nem o que pretendeu exprimir, e, sim, o que *exprimiu de fato*” (3).

36 – Em resumo: sob qualquer dos seus aspectos, a interpretação é antes sociológica do que individual. Vai caindo em vertiginoso descrédito a doutrina oposta, que se empenha em descobrir e revelar a vontade, a intenção, o pensamento do legislador. Despreza os postulados da Psicologia moderna, reduz, em demasia, o campo da Hermenêutica, assenta antes em ficções do que em verdades demonstráveis. força a pesquisas quase sempre inúteis e, em regra, não atinge a certeza colmada

37 – Cumpre, entretanto, investigar, ainda, como surgiu e por que se tornou tradicional aquele processo de Hermenêutica. Observa Carlos Wurzel que se não pode fundar em erros, apenas, uma teoria ou corpo de doutrina que perdurou e teve aplicação prática durante tanto tempo. Não há efeito sem causa. A vitalidade de um fenômeno provém do seu acordo com um estado social determinado. Pode o *misoneísmo* dificultar o surto de ideia nova, compatível com o alvorecer da cultura

32 35 – (1) Heinrich Thoen – *Das Handelsrecht*, 6ª ed., vol. I, § 21, nota 5; Bonnecase, Prof. da Universidade de Bordéus, op. cit., p. 79.

(2) Ferrara, vol. I, p. 210-211; Bonnecase, op. cit., p. 79-80; De Ruggiero, vol. I, § 17, A, d, p. 133. Até mesmo no campo do Direito Criminal é de observar a orientação acima aconselhada (Hippel – *Deutsches Strafrecht*, vol. I, 1925-1930, p. 38; Theodor Rittler – *Lehrbuch des Oesterreichischen Strafrechts*, vol. I, 1933, p. 23-24).

(3) Ferrara, vol. I, p. 210.

Mostram-se contraditórios os conteúdos da escola dogmática; porquanto, ao mesmo tempo que forçam o jurista a limitar-se a buscar e aplicar apenas o pensamento, a vontade do legislador, aceitam o que eles denominam – interpretação *por analogia*, isto é, a extensão da regra jurídica aos casos semelhantes, não previstos pelos autores do texto, nem incluídos verdadeiramente neste (Garey, op. cit., p. 64).

Vede o capítulo – *Analogia*, n.º 30-340.

científica posterior à promulgação de um Código; porém seria utopia pretender provar não ter tido razão de ser, em tempo algum, a doutrina que dominou durante um século inteiro.

Concebiam-se a norma positiva como ordem do soberano, deliberação do rei absoluto, preposto de Deus; o Eterno fora o autor primacial do Direito; este era ideia inata, princípio imutável. O hábito adquirido e a *lei do menor esforço* fizeram não examinar os fundamentos, nem discutir as aplicações de uma teoria, que, ao menos entre os especialistas, os juristas profissionais, constituía dogma aceito, pacífico. Na verdade, o método tradicional resolvia os casos principais típicos. Só mais tarde, quando a Filosofia positiva abalou todo o edifício das ideias recebidas, assentes, dominadoras a dúvida invadiu também o terreno da Hermenêutica; descobriram quanto havia de ficção no esforço eterno para descobrir, através de um texto, a vontade geradora, antiquíssima, agente, em uma idade morta, às vezes impossível de reconhecer hoje.

Por que, entretanto, ainda agora falam profissionais – em intenção do legislador?

Depara-se-nos a resposta a esta pergunta na psicologia da administração da justiça. Quando a parte prejudicada recorre aos tribunais, não se lembra de que estes possam intervir por motivos econômicos, ou forçados pelos ditames da ética. Nem sequer espera que o juiz tenha excepcional sagacidade para persuadir os réprobos e esclarecer os justos, isto é, que se imponha pelo prestígio da clarividência comprovada, como um sábio oriental. Dirige-se ao magistrado somente porque ele encarna a vontade soberana do Estado, respeitada pelos bons, imposta aos maus. Não se fala, no pretório, em motivos econômicos, sentimentos morais, costumes populares. O juiz apenas colhe nos repositórios as ordens escritas do Estado, sob qualquer das suas formas; conclui com aparente rigor lógico, e profere a sentença, como se fora esta uma simples realização positiva da vontade do soberano *Rex*, ou do soberano *Demos*, isto é, do monarca, ou do povo representado pelas autoridades eleitas.

Eis por que o trabalho inicial, em face de um caso concreto, fora, durante séculos, a descoberta do que o Estado, ou o seu órgão primitivo, o legislador, determinara, ou pelo menos determinaria se houvesse previsto o caso ajuizado<sup>33</sup> (1). Afinal o estudo da Sociologia, mais ainda que o da História do Direito e o da Legislação Comparada, elevou os jurisconsultos a uma altura em que deixaram de ser meros adeptos da arte de obedecer; compreendem hoje a lei, não como um comando ríspido, e, sim, como um fenômeno social, cientificamente explicável dependente menos de volições individuais do que de ações sociológicas do *meio* sobre as inteligências e das reações das inteligências sobre o ambiente, estável na aparência, móvel, alterável, na realidade (2).

33 37 – (1) Karl Wurzel – Das Juristische Denken, in *Oesterreichisches Zentralblatt* cit., vol. 21, p. 955.

(2) Wurzel, revista cit., vol. 21, p. 955.

## IN CLARIS CESSAT INTERPRETATIO

38 – *Disposições claras não comportam interpretação* – *Lei clara não carece de interpretação* – *Em sendo claro o texto, não se admite pesquisa da vontade* – famoso dogma axiomático, dominador absoluto dos pretórios há meio século; afirmativa sem nenhum valor científico, ante as ideias triunfantes na atualidade<sup>34</sup> (1).

O brocardo – *In claris cessat interpretatio*, embora expresso em latim, não tem origem romana. Ulpiano ensinou o contrário: *Quamvis sit manifestissimum edictum proetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus* – “embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva” (2).

A este conceito os tradicionalistas opõem o de Paulo: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quoestio* – “Quando nas palavras não existe ambiguidade, não se deve admitir pesquisa acerca da vontade ou intenção” (3).

O mal de argumentar somente com adágios redundava nisto: tomam nos a esmo, isolados do repositório em que regiam muitas vezes casos particulares, e descuidadamente, generalizam disposição especial (4). Quem abra o Digesto, logo observa que a máxima de Paulo só se refere a testamentos, revela um respeito, talvez exagerado, pela última vontade; evita que lhe modifiquem a essência, a pretexto de descobrir o verdadeiro sentido da fórmula verbal. Ao contrário, a máxima de Ulpiano refere-se à exegese do que teve força de lei, ao Direito subsidiário, aos editos pretórios (5).

No campo legislativo, embora perfeita a forma, cumpre descer ao fundo da ideia. Prevalece ali o ensinamento de Celso: *Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* – “saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder” (6), isto é, o sentido e o alcance respectivos (7).

A exegese, em Roma, não se limitava aos textos obscuros, nem aos lacunosos, e foi graças a essa largueza de vistas dos juriconsultos do Lácio que o *Digesto* atravessou os séculos e regeu institutos cuja existência Papiniano jamais pudera prever (8).

39 – Entretanto, com o transcorrer do tempo, um processo útil quando empregado com o necessário critério redundou em danoso abuso. A escolástica introduziu o acervo de distinções e subdistinções e com estas reduzia a Hermeneutica

34 – (1) Vander Eycken, op. cit., p. 346-347; Jandoli, op. cit., p. 19.

(2) *Digesto*, liv. 25, tit. 4, frag. 1, § 11.

(3) *Digesto*, liv. 32, tit. 3, frag. 25, 1.

(4) Rudolf Stammler – *Die Lehre von dem Richtigen Rechte*, 1902, p. 499-500. Vede o capítulo – *Brocardos*.

(5) Kiss, op. cit., p. 17, nota 2; Deppin, op. cit., p. 57.

(6) *Digesto*, liv. 1, tit. 3, frag. 17.

(7) Windscheid, vol. 1, p. 85 e nota 9.

(8) Deppin, op. cit., p. 57.



a casuística intrincada; apelava em demasia para o argumento de autoridade, para a *communis opinio*; os pareceres dos doutores substituíam os textos; as glosas tomavam o lugar da lei; assim, de excesso em excesso, se chegou à deplorável decadência jurídica, ao domínio dos retóricos e pedantes, – *verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi* – “verbosos em se tratando de coisas fáceis, mudos quanto às difíceis, difusos acerca de assuntos de estreitas proporções”, – na frase cáustica do célebre Cujácio.

Era força tocar atrás, levar a magistratura a estudar as leis e guiar-se pelo próprio critério profissional de exegese, ao invés de compulsar exclusivamente as obras dos doutores e intérpretes, exagerados e infieis. Sistematizaram as normas e limitaram o campo da Hermenêutica. Foi sob a influência desta reação necessária que abrolharam os aforismos conservadores: *In claris non fit interpretatio. – Lex clara non indiget interpretatione. – In claris non admittitur voluntatis questio.*

Para os grandes males os remédios enérgicos, violentos!

40 – Os escolásticos passaram, e, como sempre acontece, talvez em virtude da lei do menor esforço, ou em consequência do hábito adquirido, desapareceu a causa da coerção retrógrada; porém esta ficou. Em pleno século dezoito Richeri fazia do brocardo célebre a base da sua doutrina de Hermenêutica jurídica; e assim definia Interpretação: *Legis obscuraevel ambiguae explicatio* – “explicação da lei obscura ou ambígua”<sup>35</sup> (1).

35 40 – (1) Degni, op. cit., p. 58; Virgílio de Sá Pereira – *Dois Brocardos*, separata da *Rev. Geral de Direito, Legislação e Jurisprudência*, 1920, p. 16-18.

(2) Paula Batista, op. cit., § 3 e nota 1.

Na mesma época o Conselheiro Ribas ensinava o contrário, precisamente a boa doutrina, em sua cátedra na Faculdade de Direito de São Paulo (Antônio Joaquim Ribas – *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed., 1880, vol. I, p. 283). Foi aliás, um Professor da Faculdade do Recife, Tobias Barreto, que introduziu no Brasil a moderna cultura jurídico-filosófica alemã.

(3) Chironi & Abello – *Trattato di Diritto Civile italiano*, vol. I, 1904, p. 56; Emmanuele Gianturco – *Sistema di Diritto Civile Italiano*, 3ª ed., I, p. 114; Sá Pereira, op. cit., p. 8; Ribas, vol. I, p. 283; Paulo de Lacerda, vol. I, nºs 243 e 262; Espínola, Prof. da Faculdade de Direito da Bahia – *Sistema cit.*, vol. I, p. 126, 129 e nota 10; Miraglia, Prof. da Universidade de Nápoles, vol. 1, p. 249; De Filippis, Prof. da Universidade de Milão, vol. I, p. 85; Saredo, op. cit., nºs 536-537; Giudice, Prof. da Universidade de Pavia, op. cit., p. 30; Filomusi Guelfi, Prof. da Universidade de Roma, op. cit., p. 145; Caldara, op. cit., nºs 6-10; Degni, op. cit., p. 61-67; Coviello, Prof. da Universidade de Catania, vol. I, p. 63; Laurent, Prof. da Universidade de Gand, vol. I, nº 269; Planiol, Prof. da Universidade de Paris, vol. I, nº 216 (menos decisivo); Savigny, vol. I, p. 201; Windscheid, vol. I, p. 85; Biermann, Prof. da Universidade de Giessen, vol. I, p. 29 e nota 6; Kiss, op. cit., p. 17; Bierling, vol. IV, p. 198; Gmür, op. cit., p. 35-36; Aubry & Rau, Falcimaigne e Gault – *Cours de Droit Civil*, 5ª ed., vol. I, § 40, p. 193; Giovanni Lomonaco – *Istituzioni di Diritto Civile*, 2ª ed., vol. I, p. 83; Pacificimazzoni – *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. I, nº 16; Nicola Stolfi – *Diritto Civile*, vol. I, nºs 806-807; Manresa y Navarro – *Comentarios al Código Civil Español*, 2ª ed., vol. I, p. 77; Valverde y Valverde – *Tratado de Derecho Civil*, 3ª ed., vol. I, p. 89; J. Olegário Machado –

Cem anos depois, na Faculdade de Direito do Recife, prelecionava pela mesma cartilha o Professor Paula Batista. Inscreveu os dogmas do seu credo num livro que, aliás, se tornou clássico e é excelente sob outros aspectos. Discorria o catedrático brasileiro: “Interpretação é a exposição do verdadeiro sentido de uma *lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa, com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa. Interpretatio cessat in claris*” (2).

A nenhum jurista ficaria bem repetir hoje as definições de Richeri e Paula Batista. Os domínios da Hermenêutica se não estendem só aos textos defeituosos, jamais se limitam ao invólucro verbal: o objetivo daquela disciplina é descobrir o conteúdo da norma, o sentido e o alcance das expressões do Direito. Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação (3).

41 – A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias ideias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto<sup>36</sup> (1).

Não há fórmula que abranja as inúmeras relações eternamente variáveis da vida; cabe ao hermeneuta precisamente adaptar o texto rígido aos fatos, que dia a dia surgem e se desenvolvem sob aspectos imprevistos.

Nítida ou obscura a norma, o que lhe empresta elastério, alcance, utilidade, é a interpretação. Há o desdobrar da fórmula no espaço e no tempo: multiplicando as relações no presente, sofrendo, no futuro, as transformações lentas, imperceptíveis, porém contínuas, da evolução (2).

*Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, vol. I, p. 49, nota ao art. 16; Egger, Ober, Escher e Habb – *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. I, p. 48; Staudingers – *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9ª ed., 1925, vol. I, p. 18; Mário Rotondi, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VII, *verbis – Legge (Interpretazione della)*, nº 1; Joaquim Dualde, Prof. da Universidade de Barcelona – *Una Revolución en la Lógica del Derecho*, 1933, p. 49-63; Giulio Battaglini, Prof. da Universidade de Bolonha – *Diritto Penale, Teorie Generali*, nº 14, p. 20. Vede nºs 13-17 e 116-A.

36 41 – (1) Walter Jellinek, op. cit., p. 161-162; Salomon, op. cit., p. 28; Dernburg, Prof. da Universidade de Berlim, vol. I, p. 89; Ferrara, vol. I, p. 206-207; Alves Moreira – *Instituições do Direito Civil Português*, vol. I, 1907, p. 37.

Os apologistas do – *in claris...* – são os apóstolos da supremacia da exegese verbal, os que não admitem o emprego dos elementos lógicos de interpretação quando falham os filológicos.

Vede os capítulos – *Elemento filológico*, e seq.

(2) Landoli, op. cit., p. 20.

42 – O conceito de clareza é relativo: o que a um parece evidente, antolha-se obscuro e dúbio a outro, por ser este menos atilado e culto, ou por examinar o texto sob um prisma diferente ou diversa orientação.

Basta, às vezes, passar do exame superficial para o rigoroso, sobretudo se jogar com o elemento histórico, o sistemático e os valores jurídico-sociais; logo se verificará ser menos translúcida a forma do que se julgava a princípio<sup>37</sup> (1).

Dia a dia, no Foro e nas Câmaras, se acaloram os debates sobre textos de uma clareza meridiana, e os próprios juízes, em sua maioria tradicionalista, discutem e afinal decidem sobre a verdadeira exegese de normas aparentemente perfeitas (2). O art. 60, letra *d*, da Constituição de 1891, por exemplo, atribuía competência à Justiça Federal para processar e julgar “os litígios entre um Estado e cidadãos de outros, ou entre cidadãos de Estados diversos, *diversificando as leis destes*”. O texto era claríssimo; entretanto foi objeto de disputa, em que triunfou o parecer, baseado no elemento histórico, e tendente a eliminar as quatro últimas palavras, considerá-las como se não foram escritas, porque prevaleceram por engano: deveriam ter sido expungidas na *redação* final do Código supremo (3).

43 – O exame completo das leis defeituosas pressupõe o das bem-feitas, e por todas as suas faces. É impossível aprofundar pesquisas científicas sobre o estado patológico, se não se toma por base o estado são, ao qual se devem reportar todos os desvios anômalos<sup>38</sup> (1). Não partem deste pressuposto sábio os apologistas do *in claris cessat interpretatio*, confundem a essência da interpretação com a *dificuldade* ou amplitude da mesma: nas disposições claras o trabalho é menor; mas existe sempre. É ele que dá vida ao texto morto, ilumina a fórmula rígida (2).

Quem adota a máxima da escolástica reduz o Código Civil a *strictum jus, lex barbarorum*, destinado a fixar determinados casos explicitamente contidos nas suas disposições, e mais nada (3).

44 – Que é lei clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma<sup>39</sup> (1). Para se concluir que não existe atrás

37 42 – (1) Coviello, vol. I, p. 63; Degni, op. cit., p. 64; Jandoli, op. cit., p. 20.

(2) Paulo de Lacerda, vol. I, nº 262; Vander Eycken, op. cit., p. 347.

(3) C. Maximiliano – *Comentários à Constituição Brasileira*, 2ª ed., nº 400.

38 43 – (1) Savigny, vol. I, p. 308; Jandoli, op. cit., p. 20.

(2) Bierling, vol. IV, p. 198 (indiretamente); Caldara, op. cit., nº 6; Ferrara, vol. I, p. 206.

(3) Gmür, op. cit., p. 36.

39 44 – (1) Vander Eycken, op. cit., p. 346.

(2) Dualde, op. cit., p. 62; De Ruggiero, vol. I, § 17, p. 120-121.

(3) Vander Eycken, op. cit., p. 346.

(4) Planiol, vol. I, nº 216.

de um texto claro uma intenção efetiva desnaturada por expressões impróprias, é necessário realizar prévio labor interpretativo (2).

Demais, se às vezes à primeira vista se acha translúcido um dispositivo, é pura impressão pessoal, contingente, sem base sólida (3). Basta recordar que o texto da regra geral quase nunca deixa de pressentir a existência de exceções (4). Logo o *alcance* de um artigo de lei se avalia confrontando-o com outros, isto é, com *aplicar* o processo sistemático de *interpretação*.

44-A – Em reforço das conclusões da doutrina, adveio com a elaboração do Código Civil Brasileiro, o elemento histórico.

Ao discutir-se o Título Preliminar, cinco deputados pelo Rio Grande do Sul apresentaram à Câmara a seguinte emenda:

“Acrescente-se:

Art. 6-a. Ao interpretar a lei, observar-se-ão as seguintes regras:

- I. Quando o sentido da lei *for claro*, não se desprezará a letra da mesma para consultar seu espírito ou a história do seu estabelecimento.
- II. O contexto da lei servirá para esclarecer o sentido de cada uma de suas partes, de maneira que haja entre elas a devida correspondência e harmonia.

Art. 6-b. Nos casos a que se não possam aplicar as regras precedentes, interpretar-se-ão as *passagens* obscuras ou contraditórias, de modo que pareça mais conforme ao espírito geral da legislação, à equidade, e sobretudo à liberdade.”

O art. 6-a é reprodução fiel dos arts. 19 e 22 do Código do Chile<sup>40</sup> (1). Prescreve, na república andina, o mencionado repositório de normas:

“Art. 19. Quando o sentido da lei é claro, não se desatenderá ao seu teor literal, a pretexto de consultar o seu espírito; mas bem se pode, para interpretar uma expressão *obscura* da lei (o grifo é do Código chileno), recorrer à sua intenção ou espírito, claramente manifestados nela própria, ou na história fidedigna do seu estabelecimento.

Art. 22. O contexto da lei servirá para ilustrar o sentido de cada uma das suas partes, de maneira que haja entre todas elas a devida correspondência e harmonia.

As passagens obscuras de uma lei podem ser ilustradas por meio de outras leis, particularmente se versam sobre o mesmo assunto.”

Admitiram a debate a emenda, inspirada pelo Código chileno e pela filosofia de Augusto Comte; porém foi rejeitada afinal.

40 44 A (1) *Trabalhos da Câmara sobre o Projeto de Código Civil*, vol. I, p. 371-372, vol. IV, p. 124-125 e 131-133.

Não parece jurídico invocar a parêmia anticientífica, depois que o próprio legislador a repeliu: deliberadamente evitou o seu ingresso na *Introdução* do repositório de normas civis, a qual rege *todo* o Direito Nacional.

44-B – Sem dúvida, quando a frase não é precisa, lúcida, escorreita, aumenta a necessidade de exegese, e aí brilha em todo o seu fulgor o talento do hermenauta; porém a parte mais nobre e mais fecunda de sua arte de investigar é a que examina as leis não defeituosas (não obscuras, nem ambíguas), estuda as normas em conjunto, na variedade das suas relações e na riqueza dos seus desenvolvimentos. É sobretudo com as regras positivas bem-feitas que o intérprete desempenha o seu grande papel de renovador consciente, adaptador das fórmulas vetustas às contingências da hora presente, com apreçar e utilizar todos os valores jurídico-sociais, – verdadeiro sociólogo do Direito<sup>41</sup> (1).

41 – 44 B – (1) Savigny, vol. I, p. 308; Degni, op. cit., p. 56-58