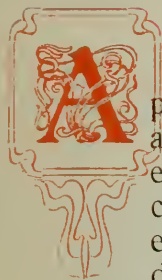




A Função do Interprete



certeza, a segurança em suas prescripções é uma das qualidades que se vão aprimorando no direito, a medida que elle se consolida e aperfeiçôa. Para a consciencia juridica, em nossos tempos, essa é uma das qualidades primordiaes do direito. *Optima est lex quæ minime relinquit arbitrio judicis*, proclama o aphorismo baconiano.

Quando se attende ao direito civil moderno systematisado em codigos, quasi em todos os paizes do mundo, sente-se que foi uma imperiosa necessidade da vida collectiva, que determinou a generalisação desse phenomeno:— a necessidade de dar ás relações juridicas forma definida e segura protecção.

Porém a lei, por mais que a generalisemos, por mais que a espiritualisemos, já-

mais terá a largueza de comprehensão precisa para abranger a infinita variedade dos phenomenos sociaes que emergem da elaboração constante da vida e vem pedir garantias ao direito. Que fazer, então? Sem duvida promover reformas na legislação, afim de que ella possa attender ás necessidades do momento. E enquanto se não realisa essa reforma que pode tardar, por mais forte que se manifeste a pressão dos interesses?

E' opinião corrente e principio consagrado até nas legislações que, em tal emergencia, as lacunas da lei se preenchem pelos resultados fornecidos pela *analogia*, e si esta operação logica acaso não encontra os elementos que lhe servem de base, tem o juiz de recorrer ao que se denomina espirito da lei ou aos principios geraes do direito.

A funcção suppletiva da analogia, para ampliar a comprehensão do direito, é reconhecida já no direito romano, onde se deparam indicações como a de *Juliano*:

Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatus-consultis comprehendí, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est is qui jurisdictioni præest ad similia procedere atque ita jus dicere (D. 1, 2 fr. 12). *Ulpiano* ensina tambem: *nam, ut Pedius ait, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem vel certe jurisdictione suppleri* (D. 1, 2 fr. 13).

O codigo civil d'Austria, art. 7 estatue: «Quando um caso não se pode decidir pelas palavras nem pelo sentido natural da lei, recorrer-se-á aos casos *similhantes* precisamente decididos pela lei e ás razões de outras leis ana-

logas (1). Por esse mesmo caminho seguiram o código civil italiano (2), o argentino (3), o mexicano (4), o peruano (5), o português (6), o uruguayano (7), a lei colombiana (8) e o código montenegrino (9).

O recurso aos princípios gerais do direito é indicado pelo legislador italiano, quando a analogia é inoperante: *ove il caso rimanga tuttavia dubio, si deciderá secondo i principi generali di diritto* (10). Essa foi a orientação que preponderou no código civil argentino, no uruguayano, no mexicano, no peruano e na lei colombiana n. 153 de 1887, que se referem aos *principios ou ás regras* gerais do direito (11). O código civil austriaco e o português falam de princípios do *direito natural* (12), e o montenegrino prefere apontar ao juiz a fonte da equidade (13).

Nos Projectos de código civil brasileiro também se encontram providencias semelhantes, nas quaes se insinuaram essas formas diferentes do pensamento.

(1) Laest sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natuerlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf aehnliche, in den Gesetzen, bestimmt entschiedene Faelle, und auf di Gruende anderer damit verwandten Gesetze Ruecksicht genommen werden.

(2) Art. 3, 2.^a parte, das disposições preliminares: Qual ora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avra risguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe.

(3) Art. 16.

(4) Art. 20.

(5) Art. 9.

(6) Art. 16.

(7) Art. 16.

(8) Lei n. 153 de 1887, art. 8.

(9) Art 781.

(10) Art 3, 2.^a parte, *in fine*, das disposições preliminares.

(11) Vejam-se as citações da nota 9.

(12) Art. 7, 2.^a parte do cod. austriaco e 16 do português.

(13) Art. 782.

Felicio dos Santos no art. 53 do seu Projecto diz: «Quando uma questão não puder ser decidida pela letra, motivos ou espirito da lei ou por disposições em vigor no Brazil, que regulam casos analogos, deve o juiz recorrer aos *principios geraes do direito natural*, até haver providencia legislativa.»

Nabuco dissera: «Quando uma questão não puder ser decidida pela letra, motivos e espirito da lei ou por disposições relativas aos casos analogos, devem os juizes recorrer aos *principios geraes do direito*, até haver providencia legislativa (art. 82).»

No Projecto do Dr. Coelho Rodrigues a idéa toma a seguinte modalidade: «Aos casos omissos applicam-se as disposições reguladoras dos casos analogos e, na falta destas, os principios que se deduzem do espirito da lei» (art. 38 da lei preliminar). Este dispositivo foi adoptado, sem alteração pelo *Projecto primitivo*, art. 13 da lei de introdução. O *Projecto actual* (art. 7 da lei preliminar) manteve-o, substituindo as ultimas palavras por estas outras: *principios geraes do direito*; modificação esta que viera do *Projecto revisto*, por indicação do Dr. *Lacerda de Almeida* (14).

As tres expressões—*principios do direito natural*, *principios geraes do direito e espirito da lei* (14^a), pretendem significar aqui a mesma cousa. Trata-se de indicar, como fontes supplementivas do direito, as regras mais geraes que constituem o fundamento mesmo da sciencia e da arte do direito; não somente os principios que

(14) Actas, pag. 9.

(14^a) PORTALIS dissera que o legislador estabelece as maximas geraes do direito e que compete ao magistrado, *penetrando do espirito geral das leis*, dirigir-lhes a applicação.

dominam o direito nacional (15), como ainda o conjuncto dos preceitos essenciaes que servem de expressão ao phenomeno juridico.

Si o *direito natural* é uma construcção metaphysica, hoje fóra de moda, não evocaria, no caso agora examinado, outras idéas, sinão as que acabam de ser indicadas (16), salvo o pressupposto de que esses principios eram eternos e absolutos e nós devemos reconhecer que, si ha permanencias juridicas, o direito, não obstante, modifica-se com a sociedade da qual é um dos elementos organisadores e uma das expressões culturaes.

As nossas *Ordenações* tambem não deixaram no esquecimento o auxilio poderoso da analogia. No livro 3, tit. 69, pr. estatue: *porque não podem todos os casos ser declarados em esta lei, procederão os julgadores de semelhante a semelhante*. E no tit. 81 § 2 do mesmo livro accrescenta: *e isto que dito he em estes casos aqui especificados haverá logar em quaesquer outros semelhantes em que a razão pareça ser equal*.

II

A hermeneutica distingue duas especies de analogia : a *legal* e a *juridica*.

A primeira consiste na applicação da lei a casos não regulados por ellas, mas nos quaes ha identidade de razão ou similhaça de moti-

(15) COGLIÓLO, *Filosofia del diritto*, p. 137, FADDA E BENZA notas ás *Pandectas de Windsheid*, I pag. 124 e segs.

(16) Neste sentido, diziam os romanos que *ratio naturalis quasi lex quædam tacita* (D. 48 20 fr. 7).

vo (17). *Ubi eadem causa ibi jus statuendum ; Ubi eadem est legis ratio eadem debet esse legis dispositio.*

A analogia jurídica colhe de um complexo jurídico os princípios que o dominam e applica-os a um caso onde ha similhaça de motivo. E' o mesmo processo logico operando sobre campo mais vasto e sobre mais variados elementos.

Em qualquer dos casos, porém, a intelligencia do jurista procura revelar o direito latente, não procurando descobrir uma pretendida vontade do legislador, mas como bellamente disse *Paula Baptista*, «na harmonia organica do direito positivo com o scientifico».

E' tambem este o pensamento de *Kohler*, quando affirma que a analogia «consiste principalmente em extrahir, de uma norma jurídica, o principio e, depois, desse principio tirar novas consequencias e formar principios novos» (17^a).

A intelligencia do interprete, afeiçoada pela educação jurídica, mostrar-lhe-á, nos casos mais simples, como a lei racionalmente comprehende hypotheses não especificadas em suas palavras (*analogia legal*), e, em casos mais complicados, como a hypothese examinada se prende por vinculos logicos a algum dos complexos systematicos de phenomenos que o direito expressamente regula (*analogia juridica*). A deficiencia se mostra, por exemplo, na applicação, no funcionamento de um direito real ; os principios reguladores do direito de propriedade apresentam-se espontaneamente para preencher

(17) WINDSHEID, Pand. §§ 22 e 23 ; DERNBURG, Pand. § 35 ; PAULA BAPTISTA *Hermeneutica* 41 ; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile* § 11.

(17^a) *Lehrbuch des buerglichen Rechts*, 1 § 42, V.

a lacuna. E' o direito latente que se revela no momento opportuno; mas, para saber descobri-lo, é indispensavel o senso juridico, que é tanto mais seguro quanto melhor o intellecto sabe reflectir as idéas, e o sensorio se acha afinado pelos sentimentos que formam as bases da cultura do grupo social e do momento historico.

Si o processo analogico deixa subsistir as falhas da legislação, é preciso recorrer ás fontes subsidiarias, onde ellas existem, como entre nós (18), e, si estas falharem, remontar, então até aos principios geraes do direito, com os quaes o jurista penetra em um campo mais dilatado, procura apanhar as correntes directoras do pensamento juridico e canalisa-las para onde a necessidade social mostra a insufficiencia do direito positivo. E', então, que o direito melhor se lhe deve afigurar como a *ars boni et æqui*.

Suppor que, em qualquer desses momentos, o juiz deve procurar a vontade do legislador, é de todo injustificavel, pois que elle vem illuminado pela doutrina e estimulado pelas necessidades da vida, justamente fazer o que o legislador não soube ou não poude querer.

Vê-se que extensão infinita e que incomensuravel profundidade adquire assim o direito, e exageradas, então, nos parecem as arguições daquelles que se revoltam contra a inflexibilidade da lei que não lhe permite pôr-se

(18) Sabe-se que a Ord. 3, 64, manda supprir as deficiencias da lei pelo costume e, na falta d'elle, pelo direito romano, si as prescripções deste se conformarem com a *bôa razão*, segundo a explicou a lei de 18 de Agosto de 1763, por sua vez esclarecida pela lei de 22 Agosto de 1772, que manda aferir a *bôa razão* pelo uso moderno.

O direito canonico, a que tambem allude a Ord. cit., está hoje fora do plano do direito civil patrio.

em harmonia com as novas necessidades sociais (18 a).

III

Quando se tracta de interpretação propriamente dicta e não mais de analogia nem de principios fundamentaes do direito, é commum falar-se da vontade do legislador, *mens legislatoris*. Deante da palavra da lei, parece que o primeiro dever do interprete vem a ser descobrir a vontade do legislador.

Esta concepção influiu sobre o modo de realisar a interpretação. Esforçando-se por descobrir o intuito do legislador, é natural que o interprete não tente ultrapassar as raias da exegese. Isso mesmo já parece uma audacia a codificadores, que, por terem sido instrumentos adequados da evolução social, já se imaginavam ter submettido as energias culturaes á direcção de sua vontade.

Nos primeiros tempos do direito romano, a interpretação era puramente literal, porque, como diz *Jhering* (19), «o apego á palavra é um desses phenomenos que, no direito, como em outras ramos, caracteriza a falta de madureza e de desenvolvimento intellectual». *In principio erat verbum*. Na epocha da florescencia do direito predomina a interpretação logica (20): *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac*

(18^a) ALEXANDRE ALVARES deixou-se muito impressionar por esse sentimento no seu bello trabalho,—*Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, 1904.

(19) *Espiritu del derecho romano*, III p 147.

(20) *DERNBURG, Pand.* § 34.

potestatem (D. 1, 3 fr. 17). E, libertando-se do jugo da palavra, a jurisprudencia vae organisando, em um todo systematico, as regras do direito.

Phenomeno semelhante se reproduz na França com a promulgação do codigo civil. No primeiro momento, apparecem os chamados *interpretes do codigo civil*, que se alongam em commentarios aos dispositivos da lei, na qual se comprazem de reconhecer a mais aprimorada sabedoria, ou clara na letra ou transparecendo no espirito.

São *Toullier, Duvergier, Durantou, Marcadé, Troplong, Demolombe* e outros da mesma orientação. Apparecem, depois que a letra já está sufficientemente esclarecida, os que, como *Laurent*, procuram estabelecer os *principios* ou, como *Nubry et Rau*, desprezando a ordem do codigo, systematisam o direito civil scientificamente.

E *Laurent*, apesar de proclamar a superioridade dos principios, acha que estes se encontram precisamente no codigo. «Os codigos nada deixam ao arbitrio do interprete; este não tem por missão fazer o direito, que já está feito. Não ha mais incertezas; o direito está escripto em textos authenticos» (21). E com que rigor elle vibra golpes contra *Merlin*, por ser muito aferrado á tradição, contra *Troplong*, cujos erros reclamariam volumes si fossem a ser catalogados, porque *Troplong*, desprezando o que chamára *l'écorce des mots*, punha-se á procura das *grandes verdades da moral*; contra *Demolombe*, que sacrifica os principios aos factos;

(21) *Cours élémentaire de droit civil* I, p. 9.

contra *Marcadé* que não respeita sufficientemente o código, nem a tradição nem os auctores.

Mas, evidentemente, era preciso dar ao direito maior elasticidade, para que elle não fosse um entrave á evolução social, que afinal, depois de alguma resistencia passaria por cima da lei assás rigida, desorganizando a função normal das fontes juridicas dos tempos modernos. Percebeu-o intelligentemente um dos mais illustres mestres da Faculdade de Paris, *Buñnoir*. Compreendendo que o direito offerece uma extensão maior do que a dos textos e que não é a logica o unico instrumento de que se deve servir o interprete, ensina que «a sciencia do direito deve dobrar-se ás exigencias da vida real, e a solução que preconisa é a mais em harmonia com as necessidades e as tendencias da sociedade, no meio da qual desenvolve as suas doutrinas» (22). Esta orientação é seguida por *Saleilles*, que desenvolve o ponto de vista de *Buñnoir*; por *Geny*, que dá um passo adiante e quer restabelecer o prestigio da livre indagação scientifica, «inspirando-se nos resultados fornecidos por todas as disciplinas que, analysando o mundo social, revelam na sua estrutura intima e nas suas exigencias profundas, o que se pode chamar a *natureza positiva das cousas*» (23); por *Lambert*, o profundo e erudito escriptor do *Droit civil comparé* e por muitos outros (24).

(22) GUILLOUARD, *Introduction* ao livro posthumo de Buñnoir, *Propriété et contrat*, pag. XVIII.

(23) *Notion du droit positif á la fin du XIX siècle* apud ALEXANDRE ALVARES, op. cit. p. 103-104 e *Methodo d'interpretation*, Paris, 1899, p. 457.—472.

(24) Sobre a marcha dos idéas juridicas na França, a este respeito, vejam-se: LAMBERT *Fonction du droit civil comparé* 1 vol (1903), pag. 16—53; GENY op. cit. pag. 46 e segs.: RACUL

Esta feição nova da doutrina em França e as audacias crescentes da jurisprudência, mostram, de um lado, que as idéas sobre interpretação já não satisfazem mais hoje as exigências do momento; que a lei não é a fonte única do direito; e que a vida social reage incessantemente sobre o direito.

Na Allemanha esta mesma corrente de idéas já vinha, desde muito, fazendo o seu caminho. Expondo os principios da interpretação romana dizia *Jhering*: «Longe de constituir uma censura, honra á jurisprudencia antiga ter procurado adaptar a lei ás necessidades da vida e ás exigências da epocha, em lugar de ater-se ao texto com uma submissão cega» (25). Certamente não pretendia, com essas palavras, dar ao juiz um poder maior do que lhe attribue a sua função politica, mas deixa ver o seu pensamento de que o interprete deve adaptar a lei, na esphera de sua acção legitima, ás necessidades da epocha.

Deinburg diz que «a tarefa da interpretação é tirar as consequencias dos principios fixados na lei ainda que não se tivessem apresentado á mente do legislador, quando decretou a lei» (26).

Kohler mostra-se mais radical e, afastando a preocupação da intenção do legislador, empresta á lei uma autonomia funcional que pode

DE LA GRASSERIE *Evolution du droit*, pag. 33 e segs.; SALEILLES, *Préface* ao livro citado de GÉNY e *Revue internationale de l'enseignement*, 1890, p. 482 e segs. (tomo XIX); ALEXANDRE ALVAREZ, *op. cit.*, pag. 82 e segs.; ROL, *L'évolution du divorce*, pag. 9-62.

(25) *Espiritu del derecho romano*, III, p. 172.

(26) *Pandectas* § 35 in fine; Die Interpretation hat die Aufgabe die Folgesaetze aus den in Gesetz niedergelegten Gedanken zu ziehen, auch wenn sieder Gesetzgeber selbst beim Erlass des Gesetzes nicht durch dacht haben sollte.

offerecer perigos. Vale a pena resumir as suas idéas.

« Interpretar, diz elle, é procurar o sentido e a significação, não do que alguém disse, mas do que foi dicto ». E' um erro suppor que o pensamento é escravo da vontade. A expressão que o traduz nem sempre o expõe em toda a sua extensão e profundez. Deve-se attender a que, em nosso pensar, existe uma parte sociologica ao lado da individual. O que pensamos não é sómente trabalho nosso, é alguma cousa de infinito, por ser o producto da ideação de seculos e milennios, offerecendo uma tal connexão de idéas que o proprio pensador não percebe. Não se tem attendido convenientemente á significação sociologica da lei, e quando se sabe que não é o individuo, mas sim o grupo social que faz a historia, ainda se suppõe que para a formação da lei apenas actua a vontade do legislador (27).

Mas as leis não se devem interpretar de accordo com o pensamento e a vontade do legislador, e sim sociologicamente como *produções do grupo social do qual o legislador se fez organ* (28).

Estas idéas não são, em si, divergentes das da eschola franceza actual de *Geny e Saleilles*, e se harmonisam com o principio que affirma ser a lei mais sabia do que o legislador. *Kohler*, entretanto, apura-as, requinta-as, leva-as corajosamente ás suas naturaes consequencias e sabe dar-lhes forma precisa.

Depois de mostrar que a necessidade da interpretação vem do facto de que são as pa-

(27) *Lehrbuch des Vergleichlichen Rechts*, I § 33, p. 123.

(28) *Lehrbuch cit.* pag. 124.

lavras que revelam o pensamento da lei e de que esse pensamento sómente em parte se apresenta á consciencia do legislador, affirma, esclarecendo a primeira noção que nos dera de interpretação:—*interpretar é escolher, dentre as muitas significações que a palavra offerecer, a justa e conveniente* (29).

Assim, embóra a intenção da lei seja um ponto importante para o interprete, o essencial é escolher dentre os pensamentos possíveis da lei o sentido mais racional, mais salutar e de effeito mais benefico. Por isso mesmo a lei admite mais de uma interpretação no decurso do tempo. Suppor que ha somente uma interpretação exacta, desde que a lei é publicada até aos seus ultimos instantes, é desconhecer o fim da lei que não é um objecto de conhecimento, mas «um instrumento para se alcançarem os fins humanos, para fomentar a cultura, conter os elementos anti-sociaes e desenvolver as energias da nação» (30). Em conclusão, na interpretação da lei, deve attender-se antes de tudo ao que é razoavel, depois ás consequencias systematicas e, por fim, ao desenvolvimeto historico da civilisação.

Para uma tal interpretação, os trabalhos preparatorios e a discussão parlamentar são destituidos de valor (31).

Neste ponto muitos mestres da hermeneutica hodierna estão de accordo. Não que cheguem ao ponto de opinarem com o insigne *Kohler* que seria prudente não se publicarem esses trabalhos preparatorios, como, por exem-

(29) *Op. cit.* p. 125.

(30) *Op. cit.* pag. 127.

(31) *Op. cit.* pag. 128—129.

plo, os *Motivos* do código civil alemão; mas todos reconhecem que a crítica do notável jurista fere bem o alvo em muitos pontos sobre os quaes se exerce.

Kohler entende que os trabalhos preparatorios e a discussão parlamentar não têm a importancia que se lhes tem dado, servem apenas para indicar as condições historicas do povo e os impulsos que determinaram a criação da lei como remedio para attender ás necessidades do momento.

Mas este mesmo esclarecimento é util ao interprete como fazem notar *Fadda* e *Benza* (32). E *Geny* acrescenta: «os trabalhos preparatorios de uma lei não devem ser acolhidos como illustração auctorisada do texto e para sua interpretação intrinseca, sinão quando as idéas nelles hauridas tenham sido expressas sem contradição notavel, em condições que permittam attribuil-as á vontade collectiva que engendra a lei e comtanto que o texto desta não repugne a este complemento de explicação» (33).

Sejamos cautelosos deante desse elemento illustrativo dos intuitos da lei, porque, si elles nos podem trazer luzes, conduzem facilmente a erros (34).

IV

Do que acabá de ser dicto, vê-se que a sciencia do direito sente necessidade de largueza

(32) Nota ás *Pand.* de WINDSHEID, I pag. 118—122.

(33) *Methode d'interpretation*, p. 256—257.

(34) *Derenburg, Pand.* § 25.

e flexibilidade, deante da marcha acelerada e da expansão da cultura, e, como a lei é morosa em suas transformações, vae pedir á interpretação ou, melhor, á jurisprudencia e á doutrina um instrumento de adaptação constante do direito á vida real.

As leis, como já ensinava *Portalis*, devem apenas estabelecer as *maximas geraes, os principios fecundos em consequencias*, para que o applicador, deante das exigencias dos factos, possa deduzir, dessas generalidades, os preccitos particulares que se accomodem ás circumstancias.

Redigidas assim, as leis não se verão facil e frequentemente contrariadas pela evolução social, sobretudo si o interprete comprehender que, depois de publicadas, ellas se desprenderam da vontade do legislador, que lhes fôra energia creadora, e passaram a ser um dos elementos da vida social sobre a qual reagem, mas da qual recebem constante influxo.

Assim o interprete, esclarecendo, illuminando, alargando o pensamento da lei, torna-se um factor da evolução juridica. E' certo que a sua acção é limitada pelo proprio edicto da lei, e si este se recusa a acceitar as modificações sociaes, o interprete nada mais tem que fazer, sinão esperar que o legislador retome a sua empreza atrazada e enquanto esse momento não chega, pedir á razão juridica que lhe revele a norma a seguir. Para que a sua decisão traduza de facto o direito immanente ás relações sociaes, é necessario que o interprete seja dotado de um criterio seguro, de um senso juridico apurado e de um largo preparo intellectual, não sómente nas disciplinas propriamente juri-

dicas, mas ainda em todas as sciencias que se occupam com o homem e com a sociedade, desde a psychologia até a historia, a economia e a sociologia.

A lei escripta e mesmo a codificação, se restringem, não fazem desaparecer as outras fontes naturaes do direito. Si este tem na lei a sua forma principal, continuará sempre a revelar-se, nas absolutas deficiencias della, pela jurisprudencia e pela doutrina, ás quaes compete extrahir da lei todas as suas consequencias possiveis e quando, apezar dos seus esforços, a lei se mostra incapaz de dirigir o movimento social, completal-a, descobrindo o direito que está no equilibrio dos phenomenos sociaes, porém ainda não delles desprendido.

«As injunções ainda que formaes do legislador não poderão deter a onda crescente da vida juridica, diz muito bem *Lambert* (35); quando essas injunções chocam muito violentamente o sentimento de equidade ou as exigencias da utilidade geral, são condemnadas a se tornar rapidamente letra morta ou a se deformar».

Entre muitos outros exemplos que nos offerece, desse facto, o direito patrio, pode ser recordado o do seguro sobre a vida que, expressamente condemnado pelo codigo commercial (36), abriu o seu caminho na consciencia juridica e se fez definitivamente reconhecer pela doutrina e pela jurisprudencia.

Clovis Bevilacqua.

(35) *Droit civil comparé*. 1 pag. 40.

(36) Art. 685, n. 2.