

# Ubi lex non distinguit...

O insigne juriconsulto patrio, Paula Baptista, disse uma grande verdade quando escreveu no seu livro "Hermeneutica Juridica", que a Sciencia do Direito consistia em distineções.

Com effeito: o direito é o complexo das regras de conducta suggeridas pela Moral e tornadas obrigatorias pelo Poder Publico.

Elle se concretisa nas leis, cujas espheras, pode-se dizer, giram dentro desses pontos cardeaes já indicados pela Lei 7.<sup>a</sup> do Dig. De legibus:—"imperare, vectare, permittere, punire"—como limitando o circulo de actividade de cada um para tornar possivel a actividade de todos, como formando um systema de freios aos impulsos egoistas de cada um para tornar possivel a liberdade de todos, como constituindo barreiras a roda de cada um para garantir o gozo de todos aos bens da vida.

Mas, por isso mesmo que as relações são cada vez mais complicadas entre os individuos, essa teia, que o Di-

reito vem urdindo em volta delles para lhes assegurar os licitos interesses, cada vez se complica tambem mais.

De modo que, fazer as leis que bem alcancem conciliar os interesses individuaes com o interesse social, applicar as leis de modo conveniente á realisação desse equilibrio, ensinar as leis sem desviar-se desse escopo supremo, é tarefa difficil e que exige, a cada momento, do legislador, do magistrado, sobretudo do magistrado—do professor, as necessarias distincções.

Nestas condições, como admittir por verdadeiro, ao menos sem as necessarias distincções, o principio de que "ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere potest?"

Não é possível.

Consultemos a respeito algumas opiniões.

O proprio citado mestre, Paula Baptista, no § 38 da sua citada obra, "Hermeneutica Juridica", assertou:

"Si os casos occorrentes são de natureza diversa, algumas vezes não basta ter conhecimento das razões da lei; mas é mister distinguir as diversas especies e procurar as razões de decidir nos principios scientificos, que regem as diversas instituições de direito, a que cada uma das diversas especies pertence, principios estes que o legislador julgou, como sabidos, evitando assim fazer lei casuistica e por isto mesmo defeituosa. Fica subentendido que, quando a disposição da lei é clara e limitada, se não deve fazer distincções arbitrarías, que enervem o seu sentido e destruam a sua generalidade".— E, em a nota 2.<sup>a</sup> a esse §, acrescenta:

"Tal é o sentido da famosa regra "ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere potest" tão frequentemente citada e nem sempre a proposito. Saber quando se não deve distinguir e saber bem distinguir nos casos

em que cabem distincções, é esse um dos pontos em que se manifesta o grande merecimento do juristaconsulto."

Laurent, no seu "Cours Elementaire de Droit Civil", pag. 71, ensina: "Eu tenho dito muitas vezes em meus "Principes de Droit Civil", que é preciso distinguir quando o motivo mesmo sobre o qual a lei é fundada necessita de distincção. Eis ahí um caso em que a questão é controvertida. O art. 1384 (Cod. Fr.) declara os pais responsaveis pelo damno que seus filhos menores, residindo em sua companhia, causem a alguém. Esta disposição se applica aos menores emancipados? Não. Objecta-se que a lei é geral e que não é permittido ao interprete distinguir.

Eu respondo que é preciso distinguir, quando a distincção resulta do principio mesmo que se trata de applicar. Porque razão se presume o pai em culpa?

E' porque elle é legalmente obrigado a vigiar o filho menor. Logo, elle não pode ser mais responsavel depois da emancipação, porque não tem mais o dever legal de vigilancia."

Egual exemplo se poderá citar, entre nós, com o caso do art. 429 do Código Civil, pois ahí os menores não podem ser, como alguns pretendem, todos os menores, visto como, além de estar o artigo no Capitulo em que se trata da Tutela, accresce que os direitos do tutor são sempre mais restrictos do que os do pai, conforme o art. 386.

Aubry et Rau, "Cours de Droit Civil Français", vol. 1.º doutrinam:

"A lei é applicavel a todos os casos que, ainda não litteralmente indicados em sua redacção, se acham, entretanto, nella virtualmente comprehendidos, conforme seu espirito. Esta regra é a base da interpretação extensiva. Em sentido inverso, uma disposição legal não é

applicavel aos casos que seu texto parece, na verdade, comprehender, mas que se acham excluidas por seu espirito. "Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio."

Esta maxima não está em opposição com a regra "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus", que não exclue de maneira absoluta toda interpretação restrictiva.

Si, em geral, não se deve restringir uma lei concebida em termos geraes, é, entretanto, permittido fazel-o, quando sua applicação, em toda extensão de seus termos e sem distincção, ultrapassa evidentemente seu fim ou se acha em opposição manifesta com o seu motivo."—

Paul Vander Eycken, "Methode Positive de l'Interpretation Juridique", enfim adverte: pag. 273:

"Si este argumento — "não se pode distinguir onde a lei não distingue" — possuisse um valor absoluto, seria preciso applicar os textos a todos os casos aos quaes sua letra se adapta. Ora, isto não se faz. Para que o direito fique simples e pratico evita-se multiplicar os textos; segue-se dahi que os de forma abstracta e geral, são fatalmente estendidos a casos que elles não visam realmente; remove se o perigo interpretando-os restrictamente. A existencia mesma desse genero de interpretação está em opposição com o argumento de que "não se pode distinguir quando a lei não distingue."

O principio só é, pois, verdadeiro em certas circumstancias; não se pode usar delle cegamente; deve-se procurar saber em cada caso si elle é applicavel na especie. E' um problema de teleologia. Só o fim da lei pode fixar-lhe o alcance e legitimar ou proscrever uma distincção. O adagio que prohibe distinguir é assim limitado por este outro que "o imperio da lei cessa, quando sua razão de ser tem cessado."

E, assim, outros.

De tudo quanto fica exposto se conclue que é perigoso o emprego do principio "ubi lex non distinguit nec interpres distinguere potest" sem ao menos as necessarias distincções..

E' exactamente para esse ponto que eu quero chamar a attenção dos que começam a estudar o direito, afim de evitarem os escolhos.

E 'o conselho de Breal que ponho em pratica: — "transmittir aos novos a experiencia adquirida pelos mais velhos".—

—o—

Eu, porem, vou mais adiante. Si é perigoso o emprego do principio "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"; si esse principio só é verdadeiro em certas circumstancias; si não se deve usar delle cegamente; si se deve procurar saber em cada caso si elle é applicavel na especie; si, enfim, só o fim da lei é que pode fixar-lhe o alcance e legitimar ou proscreever uma distincção, não seria melhor inverter os termos, proclamar o principio contrario como de muito maior generalidade e de muito mais seguro resultado e ensinar que, onde a lei não distingue, cabe ao interprete fazer as necessarias distincções? E' o que me parece.

E não faltam razões valiosas para sustental-o.

Antes de tudo, convem notar, aproximando-se a gente de Savigny, (Trat. de Dir. Rom. vol. 1.º) que a "interpretação é o processo de reconstrucção do pensamento contido na lei."

A lei, sabe-se, surge naturalmente das necessidades da convivencia social e é o povo, como bem o faz notar Picard, no seu "Direito Puro", quem primeiro a balbu-

cia, para depois ser expressa num preceito generico, abstracto, decisivo, pelo legislador.

Mas, nem sempre o legislador traduz bem claramente o sentimento geral, ou porque não comprehendesse perfeitamente a necessidade da regra ou porque não empregou linguagem apropriada.

De modo que, ainda com Savigny, "a interpretação deve acompanhar a applicação de todas as leis á vida real e não somente limitar-se aos casos accidentaes de obscuridade."

Interpretar é distinguir de todos os sentidos possiveis de uma lei, o que corresponde exactamente ao fim social e isto cabe em todas as leis.

Sim, porque a primeira cousa é saber logo si todas as leis são claras de modo a dispensarem a interpretação.

Sel-o-ão ?

A esse respeito discorre judiciosamente o cit. Paul Van der Eycken, ob. cit:

"Antes de tudo, que se deve entender por uma lei clara? E' aquella cujo sentido se exprime pela letra do texto. Mas, para saber si o texto apresenta esse caracter, é preciso que o sentido seja conhecido, isto é, que se tenha procedido á interpretação.

A verificação da clareza é, pois, consecutiva á interpretação e, longe de dispensal-a, ella a implica.

E' verdade que, as vezes, antes de haver interpretado um texto, nós dizemos que elle é claro; mas isso não é mais do que pura impressão: attribuiu-se um sentido a esse texto e parece que nem nos textos visinhos nem nas circumstancias do facto ha qualquer cousa de contrario ao sentido supposto. Tal opinião não apresenta nenhum caracter scientifico. Frequentemente, o que se affigurava claro deixa de sel-o em consequencia de um exame mais aprofundado.

Quando ha mesmo unanimidade para declarar que um texto é claro, esse sentimento não provem da perfeição dos termos, mas antes de que a realidade a que o texto corresponde é evidente para toda gente.

A clareza de um texto pode ser, alem disso, constantemente posta em questão. A pratica fornece perpetuamente casos novos e com elles novas duvidas que a engenhosidade dos interesses está prompta a propor. Somos assim obrigados a fixar a exacta comprehensão de um texto sob um aspecto até então desprezado e o sentido, que tinha sido claro no ponto de vista dos casos precedentemente considerados, pode parecer duvidoso no dos casos sobrevindos em ultimo logar.

.....

Quando se pretende decidir si um texto é claro, conforme a inspecção que delle se faz, não se pode chegar senão a uma affirmação pessoal. Laurent acha muitas vezes claro o que outros acham obscuro; pelo contrario, acontece-lhe achar obscuro o que outros proclamam perfeitamente claro.

Usar dessa noção, pretender dar-lhe um valor scientifico, só pode ser o facto de um espirito autoritario, arrogando-se a decidir do que é claro, do que é obscuro e considerando sua opinião como indubitavel.

.....

M. Planiol, aliás muito afastado das idéas de Laurent, fala tambem de textos claros e admite que possam ser interpretados em certos casos.

Mas, essa necessidade, existindo em certos casos, torna sempre possivel perguntar si ella não existe na especie em questão, si a apparencia de clareza não é especiosa; e, desde então, não é nunca possivel escapar á obrigação de interpretar."

Já se vê, pois, que, sendo necessaria a interpretação das proprias leis que parecem claras, cabe ao interprete sempre distinguir onde a lei não o fez.

Mas, não é só.

Sabe-se que a interpretação tem variado acompanhando a evolução do espirito humano.

Nos primeiros tempos ella era puramente litteral.

O espirito, pela ignorancia e influencia da religião, estava preso a palavra da lei, que era a expressão da realidade.

"Nunca em parte alguma (observa Ihering Esp. do Dir. Rom., vol. 3.º), esta fé na palavra foi mais profunda que na antiga Roma, onde o culto da palavra domina todas as relações da vida publica e da vida privada, da religião, dos costumes e do direito. Para o velho romano a palavra é uma potencia; ella liga e desliga".

O respeito á lettra da lei era absoluto; não se faziam distincções ou se faziam muito poucas.

Mas, depois, o espirito se desprende desses grilhões e sobe a uma segunda phase, a phase da interpretação logica que se considera o direito constituido pela vontade do legislador. O respeito desta vontade toma o lugar do respeito á formula; o campo da expressão é restricto ou estendido aos limites que o espirito lhe attribue, porém os horisontes se alargam.

Sua vontade se procura nos textos e, subsidiariamente, se esclarece pelo uso, pelos trabalhos preparatorios, pela tradicção; já não se estudam os artigos da lei isoladamente, mas em seu conjuncto, comparando-a com o conjuncto da legislação; busca-se a *ratio juris*; funda-se um systema; traçam-se regras: como observa o cit. Van der Eicken.

"Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem:" já dizia Celso.

E, ahí, na propria Roma, depois da interpretação litteral se passou a logica e se chegou mesmo á positiva, procurando os pretores, como fez bem sentir Ihering, adaptar as leis aos factos, de onde a riqueza prodigiosa daquelle direito, que forneceu a maior parte das normas para os codigos modernos.

H. Capitant, "Inst. á l'Etude du Droit Civil", por sua vez, nos declara que é, "antes do mais, á formula do texto que convem pedir o seu segredo; mas, si isso não basta, é preciso procural-o nos trabalhos preparatorios, nos precedentes historicos, no fim que o legislador teve em vista, nos interesses que elle quiz salvaguardar, nas necessidades economicas que elle tem querido satisfazer; nas considerações sociaes, moraes, politicas, que tem inspirado sua decisão, parecendo mesmo que a determinação do fim deve ser o modo mais seguro de descobrir o pensamento do legislador, porque a lei, como todo acto humano, é dictada para realizar um fim determinado; e, enfim, o sentido do texto sahirá algumas vezes do destaque do principio ao qual elle se liga e de que elle não é, na intenção de seus autores, senão uma consequencia logica.

Assim, pelo emprego e combinação desses diversos processos, aos quaes se devem juntar tambem os meios secundarios que fornece a logica, o interprete chegará a restabelecer o verdadeiro pensamento do legislador".

Dernburg, Pandette, § 34, de outro lado, nota que o conceito da lei deve ser expresso no documento da lei; por este ella nos deve falar; mas não é necessario que resulte immediatamente das palavras da lei. O texto da lei desperta em nós representações, que não estão expressas nas simples palavras da lei e que nós, contudo, reconhecemos com precisão, como pertencentes a lei.

A interpretação não deve pois considerar como nor-

ma o que está expresso directamente na lei, mas ainda, por egual medida, quanto na lei se exprime indirectamente.

E o que se pode chamar o *conteudo latente* da lei."

Donde se evidencia, que nessa segunda phase, já é preciso fazer distincção, a cada momento, para conhecer bem o espirito da lei.

Finalmente, com o estudo dos methodos inductivo e deductivo, desdobrando-se e constituindo-se a sciencia sobre as bases positivas da observação e da experiencia, chega-se a phase ultima da interpretação scientifica, em que, assentado que lei é o resultado de uma necessidade social, a interpretação só pode ser a procura do fim que dictou a lei.

Não mais a vontade arbitraria do legislador, mas o que este deveria ter querido, embora não o dissesse.

Entretanto, penetrar essa vontade, demonstral-a, é uma cousa complexa, que só se consegue reflectindo bem, como pondera o cit. Van der Eycken, sobre a hierarchia dos fins: a subsistencia, a liberdade, a egualdade, a segurança, etc., para fixal-a e utilisal-a em proveito da sociedade.

E, ahi, que de distincções não é preciso fazer para determinar com segurança qual o verdadeiro sentido da lei, tendo sempre em vista que o direito é um meio e o alvo ultimo a attingir para a sociedade que se coage afim de viver dentro das normas delle, é a felicidade geral?

Alem disto, occorre observar ainda que, conforme a especie da lei, a interpretação varia.

De facto: si vamos estudar uma lei civil, cuja sancção é a nullidade de sua transgressão ou uma indemnisação do prejuizo causado, a interpretação pode ser ampliativa por analogia ou paridade á casos novos.

Mas, si se trata de lei criminal, cuja sancção é a pri-

vação da liberdade, além de outras penas, o respectivo Código declara positivamente não ser admissível a interpretação extensiva por analogia ou paridade para qualificar crimes ou applicar-lhes penas. (Art. 1.º).

Ainda mais: dentro da propria esphera da lei civil, faz-se mister distinguir si a lei é geral ou especial, si a lei prejudica ou não algum direito adquirido, si a lei é constitucional ou fere dispositivo da lei fundamental, etc.

De maneira que, em resumo, ha sempre e sempre necessidade de fazer distincções para interpretação da lei e applicação de seu principio abstracto aos variadissimos casos concretos que surgem na pratica da vida.

E por isso penso que, em vez de se dizer "onde a lei não distingue a ninguém é licito fazel-o, se deveria ensinar que: onde a lei não distingue, incumbe ao interprete distinguir, para poder chegar com acerto ao perfeito conhecimento de que ella quer.

E' uma opinião, que submetto á censura dos doutos.

DR. HERSILIO DE SOUZA.

