

ASPECTOS ATUAIS DA APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Desembargador TJ/RJ. Professor Titular de Direito Civil - Universidade Federal Fluminense

“No os dejéis, ante todo, seducir por el mito del legislador. Más bien, pensad en el juez, que es verdaderamente la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede conseguir sin ley, pero no sin juez. El hecho de que, en la escuela europea continental, la figura del legislador haya sobrepujado en otro tiempo a la del juez, es uno de nuestros más graves errores. Es bastante más preferible para un pueblo el tener malas leyes con buenos jueces que no malos jueces con buenas leyes. No llegaré hasta el extremo de aconsejaros que repudiéis el Derecho legal, pero tengo la conciencia tranquila al encomendaros que no abuséis, como nosotros hoy lo estamos haciendo. Y, sobre todo, cuidado mucho de la dignidad, el prestigio, la libertad del juez y de no atarle demasiado en corto las manos. Es el juez, no el legislador, quien tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el hombre del legislador es desgraciadamente una marioneta. Y sólo el contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y sus debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, pueden inspirar esa visión suprema que es la intuición de la justicia.”

Carnelutti, palavras pronunciadas em Congresso em Veneza, 1963, *apud* Luis Recaséns Siches, **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”**, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, p. 488.

I. PROBLEMAS DA APLICAÇÃO DA LEI

1. As expressões de Carnelutti narram, de forma insuperável, o drama e a magna tarefa de pôr o Direito, como tal concebido o constante do

ordenamento positivo, em contato com a vida, em que se resume sua aplicação. Erige-se esta obra em permanente desafio ao magistrado, a quem incumbe, em primeira linha, promovê-la, aos advogados, que provocam sua atuação, aos membros do Ministério Público, ao qual se comete o mister de guardião das Leis, aos Professores, com a árdua missão de falar a seus alunos, em lições propedêuticas, sobre a Interpretação das Leis e a Aplicação do Direito, aos juristas que a estudam em toda amplitude, profundidade e em sua evolução histórica, a todos, enfim, quantos lidem com as afanosas atribuições da profissão jurídica.

Mas, concerne, antes do mais, ao Homem, centro de imputação e destinatário das relações jurídicas.

Fica-se, pois, a indagar: a que devem todos se ater, qual deve ser a principal preocupação - velar pelo distante e impassível texto das Leis ou procurar dar-lhes vida e presença, preenchendo de significação humana o teor que encerram?

Até que ponto pode o magistrado, sem o risco de comprometer a tão decantada prevalência e unidade do ordenamento positivo, corresponder àquela expectativa?

A questão é antiga, remonta às especulações da Filosofia grega, com os sofistas, na argumentação especiosa, com Sócrates e Aristóteles na tópica e na dialética, penetra toda a Ciência Jurídica romana, sendo alvo das cogitações de Cícero, atravessa os pensamentos medievais, encontrando rematada expressão na escolástica de Santo Tomás de Aquino, antecedida das profundas reflexões do Bispo de Hipona, Santo Agostinho, em suas *Cidades de Deus e dos homens*, inspiradas também nas práticas de Santo Ambrósio, fulgurante Bispo de Milão, que o converteu, *exemplo da encarnação do gênio romano depurado pelo cristianismo* (Mário Curtis Giordani, *Iniciação ao Direito Romano*, p. 26). Projeta-se, afinal, com a intensidade das águas que jorram no oceano das perplexidades e dúvidas dos homens, nas mais diversas escolas jurídicas da época moderna e contemporânea, avolumando o caudal de seu curso após as grandes codificações do século passado, nos países europeus.

Torna-se, a procelosa matéria, o núcleo de críticas e debates em diversos caminhos que se formam, ao redor de aplicações da *common law*, no jurisprudencialismo do Direito norte-americano, em que avultam as figuras de Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo, Jerome Frank, dentro tan-

tos outros, e permanece, sem resposta conclusiva, nas indagações dos juristas de hoje.

Até se parecem esquecidos da permanente lição das Escrituras: *A letra mata; o Espírito vivifica*.

2. Em última análise, cogita-se, também, na feliz expressão de um magistrado luso, do problema da *injustiça* da lei e da *certeza* do direito (Vassanta Porobo Tambá, **A Jurisprudência – seu Sentido e Limites**, Livraria Almedina, Coimbra, 1971).

3. A esta matéria dedicaram grandes jurisfilósofos e juristas nacionais e estrangeiros o mais profundo de seus conhecimentos, esforços e atenções. Pode-se dizer não haver renomado autor brasileiro que não tenha sobre a mesma se debruçado.

Lembrem-se a clássica obra, entre nós, de Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, em boa hora reeditada, a mais recente de Alípio Silveira, **Hermenêutica Jurídica**, sem falar de trabalhos específicos e dissertações em livros de notáveis mestres, como Caio Mário da Silva Pereira, Serpa Lopes, Orlando Gomes, Santiago Dantas, Moreira Alves, Limongi França, Arnaldo Wald e muitos outros que engalanam o Magistério jurídico pátrio.

4. Nada teríamos ou temos a acrescentar – seria censurável veleidade imaginar o contrário – a tantas páginas e sedimentadas lições, que exaurem a difícil problemática suscitada pelo tema.

Nosso esforço se dirigirá a resumir posições e perspectivas em área na qual não se chegou a uníssona solução, até porque o dinamismo intrínseco da Vida, a Transcendência do Homem e a Incerteza do Porvir não ensejam conclusões acabadas nem rumos definidos.

5. Eis por que mais relevante ainda se revela o papel reservado ao intérprete, que não pode se restringir ao de copista ou mero leitor do texto legal, mas há de inspirar-se no sentimento maior que encanta o Direito, a lhe iluminar os caminhos: a sede e a perene busca da Justiça.

II. APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

6. No ensinamento de Carlos Maximiliano, *op. cit.*, Editora Livraria de O Globo, 1923, p. 11, a aplicação

“consiste em enquadrar um caso concreto numa norma jurídica adequada. Submette às prescrições da lei uma relação da vida real;

procura e indica o dispositivo adaptável a um facto determinado. Por outras palavras, tem por objecto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.”

Distingue-a da Hermenêutica (*Auslegung*, no Direito alemão, termo mais completo, p. 7), que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

A Aplicação não prescinde da Hermenêutica (p. 14), mas a pressupõe, como a medicação à diagnose. *A Hermenêutica tem um só objeto: a Lei, A Aplicação, o Direito, no sentido objetivo, e o fato.* A Hermenêutica é o meio para atingir a aplicação, é momento da atividade do aplicador. Revela o adaptador da doutrina à prática, da Ciência à realidade: o verdadeiro jurisconsulto.

A Interpretação, por sua vez, consoante ainda o Mestre, no que é acompanhado por Serpa Lopes (**Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**, v. 1, 2ª ed., p. 103), é a aplicação da Hermenêutica cuja função é descobrir e fixar os princípios que regem a primeira. *Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar* (Carlos Maximiliano, *Ibidem*, grifos nossos).

7. Controverte-se quanto à oportunidade e à conveniência de inscreverem-se em um Código regras de hermenêutica, que mais cabem à Doutrina e à Jurisprudência, desprovidas de caráter imperativo. Nossa Lei de Introdução consagra, no art. 5º, regra daquela natureza, ao preceituar que, *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*, seguindo a orientação do art. 12 das Disposições sobre a lei em geral do Código Civil italiano.

O Código Civil francês, por outro lado, contém regras de interpretação dos contratos (arts. 1.156 a 1.162), elaboradas por Pothier.

8. Interpretar a Lei, sublime função do Magistrado, é, no dizer do inolvidável Ministro Carlos Maximiliano (*op. cit.*, p. 15), *explicar, esclarecer, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, da frase, sentença ou norma tudo que na mesma se contém*, inclusive o silêncio.

Clóvis Bevilacqua, na singeleza profunda de seu Saber, assinalou, de forma inexcusável, o significado da interpretação: *Interpretar a lei é revelar o pensamento que anima suas palavras* (**Teoria Geral do Direito Civil**, 7 ed., p. 37).

9. O Juiz, nas expressões de Ferrara (**Trattato di Diritto Civile Italiano**, p. 195/96 e **Interpretação e Aplicações das Leis**, tradução de Manuel A. D. de Andrade, Saraiva & C^a., 1934, p. 1), é o *intermediário entre a norma e a vida*. É a *viva vox juris*, traduz o comando abstrato da lei em concreto. Como executor, não criador da lei, no aplicar o Direito, atua em três estágios:

- a) verifica o estado de fato objeto da controvérsia;
- b) determina a norma jurídica a aplicar;
- c) pronuncia o resultado da subsunção da espécie à norma.

Propõe-se um silogismo, em que a premissa maior é a Lei, a menor a espécie e o resultado a sentença.

Não se trata de atividade mecânica, porém, eis que, de há muito, não se reduz ao entendimento do mero e frio texto legislativo, não se restringindo à sua leitura e à chamada interpretação gramatical, afeita aos dados de conhecimento da Filologia.

Cumpre-lhe penetrar-lhe o sentido e o alcance, captando a *mens legis* e apreendendo sua *ratio*. Importa dar vida ao texto.

Destarte, não mais prevalece hoje o brocardo *in claris cessat interpretatio*. Como já reconheciam os próprios romanos, *Scire leges non hoc est verba earum tenere sed "vim ac protestatem"* (Dig., L I, tít. III, fr. 17).

Objeto da interpretação jurídica é toda norma, figure na Lei, no costume, no tratado ou na decisão judicial (Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil**, v. I, n° 38, p. 125 e segs.).

III. ESPÉCIES DE INTERPRETAÇÃO

10. Didaticamente, a interpretação da Lei tem recebido classificações para melhor aplicação de seus métodos e processos. Reportando-se, assim, a Tito Fulgêncio, cujas categorias são abrigadas, com matizes, por outros autores (Carlos Maximiliano, Serpa Lopes, dentre vários), o Prof. Caio Mário da Silva Pereira divide-as em dois grupos, em função da origem e dos elementos. Quanto ao primeiro critério, diz-se autêntica, judicial ou doutrinária. Em razão do segundo, gramatical, lógica e sistemática.

Ressalva-se, porém, que a atividade interpretativa é, em sua substância, una. Para Ferrara, que assim entende, ela é complexa, de natureza lógica, prática e implica na indução, das circunstâncias, da vontade legislativa. Os diversos meios somam-se a este fim para obter o sentido legislativo, em

ordem a que venha o intérprete a descobrir o real conteúdo da norma, reconstruindo o pensamento legislativo, descendo da superfície verbal, em expressão tão ao gosto do inesquecível Ministro Orosimbo Nonato, a seu conceito íntimo e o desenvolva em todas as possíveis direções.

Em sentido amplo, compreende também a analogia, que não cria o Direito, porque permanece vinculada à Lei.

IV. INTERPRETAÇÃO CLÁSSICA. PROCESSOS

11. Como visto, em face de critérios tradicionais, levando-se em conta sua origem, tem-se, inicialmente, a interpretação autêntica, também denominada pública (Cunha Gonçalves), quando, por via de outra lei, ou pelo costume, se for o caso, determina-se o sentido da norma, cujo texto padece de ambigüidades ou de falta de clareza.

Conquanto se houvesse, na Grécia clássica e em Roma, episodicamente e em vão, tentando cercear os poderes dos juízes, sob pretexto de deixarem sob risco a liberdade e a segurança dos indivíduos, recusando-lhes a inteligência da norma, foi aquela forma de interpretação revigorada, com a Revolução Francesa, sob a inspiração das teses da Separação de Poderes e sob o temor de que viessem as leis, ainda que novas, a serem aplicadas em favor dos privilégios, abolidos, da nobreza. Proibiu-se, assim, aos Juízes interpretarem a Lei, o que deveria realizar o Parlamento em caso de dúvidas. Originou-se a genuína interpretação autêntica, que desaguou mais tarde na Escola da Exegese, fruto do liberal-individualismo, vivificada por Laurent, que entronizava os textos acima de tudo. Serve mais à Democracia, expunha aquele autor, o intérprete que os segue com rigor (Cf. Alípio Silveira, **Hermenêutica Jurídica**, p. 147 e segs.).

Lembre-se, ainda, no culto à letra, haver Justiniano, pelo receio de deturpações, vedado comentários ao Digesto, autorizando apenas suas traduções literais, índices e remissões a dispositivos sobre o mesmo assunto, colocados em lugares diferentes, determinação, todavia, não obedecida, porquanto sob a denominação de índices, se fizeram comentários (Ministro Moreira Alves, **Direito Romano**, v. I, 1983, p. 63).

Sabe-se haverem desagradado a Napoleão os primeiros comentários sobre o Código Civil francês, o seu Código, como salientou o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, em magna conferência sobre o “Código Napoleão – Influência nos Sistema Jurídicos Ocidentais”, Belo Horizonte, Faculdade de Direito, 1990. Dissera o estadista: “*Mon Code est perdu*”, porque, para

ele, no exílio em Santa Helena, nas frases do conspícuo conferencista, a verdadeira glória não residia em ter ganho quarenta batalhas: “*Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce qui rien n’effacera, ce qui vivra éternellement, c’est mon Code Civil*”. Ao que Savatier acrescentou, na citação do Mestre brasileiro: “*Toucher à la loi c’est un sacrilège*”.

Pois, como expôs, com suma proficiência também o Prof. Haroldo Valladão, em profundo estudo sobre a **Reforma do Código Civil**, Rio de Janeiro, 1975, aquele Código e outros que se lhe seguiram, nas concepções da época, reputavam-se filhos de três Deuses: Razão, Constituição e Lei, grandes e imperecíveis monumentos filosóficos, lingüísticos, lógicos e jurídicos para a glória e felicidade de cada estado ou Nação.

12. Consiste, assim, a interpretação autêntica, no mais freqüente, na interpretação da lei pela própria lei, que, por seu conteúdo de lei pretérita, que busca esclarecer, não vigora apenas para o futuro, mesmo quando complete lacuna da lei anterior.

Tem, desta forma, como característica a eficácia retroativa, classifica-se na mesma hierarquia da norma interpretada e submete-se à inteligência de suas disposições.

13. Interpretação judicial é a que promove o Juiz no aplicar a Lei à espécie. Em torno dela, suscitam-se, hoje, as magnas questões do tema, resumidas nas expressões de Carnelutti, que introduzem esta palestra. Luis Recaséns Siches, que as invoca, em sua alentada obra, **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”**, cit., desenvolve largamente aquela missão do magistrado, que vincula, indissociavelmente, à realização do Direito, reiterando, como um refrão, que “*puede haber un orden jurídico sin legislador; pero no puede haberlo sin jueces*” (p. 541 e segs., v.g.). Destaca ainda que a função jurisdicional e a maneira de interpretar o Direito escapam, inteiramente, à competência do legislador. Ao sustentar a tese dos *logos do razoável* como apta a conferir sentido àquela desafiante tarefa, permitindo adequar o texto da norma à realidade cambiante da vida, a que se destina, invoca significativa referência do Lord Mac-Millan àquele propósito: o que faz o Juiz é exatamente precisar o sentido do Direito para cada caso (*op. cit.*, p. 546).

A interpretação judicial não se reveste, todavia, de caráter normativo. As súmulas, Prejulgados e Uniformizações de Jurisprudência, no nosso sistema jurídico, não contêm norma jurídica, apenas cristalizam a jurisprudência das Cortes. A Súmula do Supremo Tribunal Federal, em sua real acepção,

não passa de mero instrumento de trabalho que simplifica o julgamento, dispensando a repetição de seus fundamentos (Ag. 121 – 969 – 6 – AgRg – RJ, Rel. o Min Moreira Alves, *in* DJU de 5.2.88, p. 1.839).

14. Faz-se mister, para que se repute judicial, que a interpretação figure na parte conclusiva da sentença, que faz coisa julgada. Nos motivos, além de carecer de cunho de generalidade, não desponta perante terceiros nem frente a outros órgãos judicantes.

Sucedo diversamente no sistema da *common law*, no qual a *ratio decidendi* vincula, valendo mais do que meros *obiter dicta* (Prof. João de Castro Mendes, **Direito Comparado**, Ed. AAFLD, Lisboa, 1982–1983, p. 212).

15. Doutrinária é a interpretação que emana do labor do jurista, em dissertações de índole teórica, cuja autoridade depende de seu autor e do teor das reflexões meditadas em face da Lei *in abstracto*, sem influência dialética ou interesse imediato.

16. No tocante aos elementos da interpretação, diz-se esta gramatical ou literal, quando se prende à análise filológica do texto, à sua linguagem, ao significado dos termos, que pode ser outro, técnico, distinto do comum. Assim, os de posse, boa fé, legado, caso fortuito e muitos outros.

Corresponde a estágio primitivo na interpretação das leis, quando suas palavras guardavam sentido místico e se revestiam de invólucro sacramental, partindo do princípio de não haver termos inúteis ou que conduzam ao absurdo, prestando-se, todavia, pela servil obediência ao texto, à fraude à lei, empanando-lhe o espírito.

Luis Recaséns Siches (op. cit., p. 541 e segs.) adverte contra suas falhas e perigos: a uma, os termos empregados pelo legislador não têm, necessariamente, o significado que lhes atribuem os léxicos, mas são lidos e entendidos segundo a compreensão comum que se lhes atribui em determinado tempo e lugar, que podem ser outros quando da aplicação da lei; à outra, porquanto o mesmo vocábulo encerra mais de uma acepção, não se podendo, demais disso, elaborar noções gerais comuns a vários sistemas (a hipoteca, por exemplo, nos Direitos inglês, americano e mexicano).

17. A interpretação lógica ou racional, a que Recaséns Siches prefere dominar lógico-formal ou racional, investiga o espírito da disposição, dessume-se de fatores racionais, da gênese histórica, da conexão com outra norma e com o sistema inteiro.

Para levá-la a cabo, impõe-se atentar para as relações da vida, para que foi criada a norma, a qual visa satisfazer a exigências econômicas e sociais que emanam da relação social.

O fim não fornece, porém, por si só, seu real conteúdo, porque pode ser alcançado por várias vias e pode ter havido equívoco do legislador quanto aos meios. O fim, no elegante dizer de Ferrara (**Trattato**, *cit.*), é o raio de luz que clareia o caminho do intérprete.

Da *ratio legis*, de que aqui se cogita, se distingue a *occasio legis*, a saber, o conjunto de circunstâncias históricas que circunda a elaboração da Lei, como, por exemplo, a situação de revolta e perturbação interna que precedem a edição de diplomas restritivos de liberdades pessoais.

A *ratio legis* pode mudar com o tempo, conferindo atualidade à norma, constituindo esta possibilidade fundamento da interpretação evolutiva.

18. Na interpretação sistemática, o trabalho de comparação do intérprete vai mais longe, buscando a fixação de princípios norteadores do sistema, para, de seu confronto com a norma, dela extrair o significado que com ele se compatibilize.

Funda-se em que Direito não é um aglomerado disperso de preceitos, mas um conjunto, orgânico e harmonioso, de regras que guardam correlação entre si e se reportam a princípios inspiradores mais elevados, os gerais de Direito.

19. Autores se referem ainda à interpretação histórica, que não se alça, todavia, a este plano, sequer configurando, hoje, método de interpretação. Cuida-se de recurso auxiliar na investigação do intérprete. Diz respeito ainda aos trabalhos preparatórios da Lei, que não assumem atualmente a importância que antes apresentavam, na medida em que a *mens legis* não se identifica com a *mens legislatoris*, hoje de difícil aferição diante da heterogeneidade na composição dos órgãos legislativos e dos próprios processos internos de votação dos projetos-de-lei. Diz, antes, com a matéria *interna corporis* daqueles órgãos. Comparam-se às tratativas no contrato.

V. INTERPRETAÇÃO MODERNA

20. A orientação clássica se fazia obediente à Lei.

Assim, referem os autores, ocorreu no Direito Romano, em fase inicial, pelo apego à forma, somente mais tarde alçando-se o jurista à abstração de conceitos e cuidando de regras de hermenêutica. De igual modo sucedeu na Idade Média com a escola de glosadores e pós-glosadores, te-

cendo estes comentários mais profundos e, mais tarde, com a liberação da forma pela escola culta de Cujácio.

Repetiu-se o fenômeno da exegese, presa ao texto, com os comentadores do Código Napoleão, à qual se retornou com a jurisprudência dos Conceitos, de Savigny, sob a égide da Lógica formal.

21. Daí a reação que se seguiu com a Escola de Direito Livre, propondo novos métodos de Interpretação, permitindo-se, em alguns países, ao Juiz corrigir e completar a Lei, guiado por orientações subjetivas, com a valoração de interesses pelos próprios sentimentos, criando regras no lugar e ao lado do Direito positivo.

Não era a Lei que, unicamente, produzia o Direito, mas, também, a jurisprudência, os costumes, a equidade e os fatores sociológicos.

Foram seus corifeus, com matizes próprios de opiniões, François Géný, Bülow, Kohler, Kantorowicz, Schlossmann, Erhlich, Stammler, que preconizava o Direito Justo, Mayer.

Não havia acordo, porém, entre os defensores desta corrente: para uns, só o Juiz pode criar o Direito no silêncio da Lei; para outros, ao proceder à interpretação lógica; e, para outros ainda, em qualquer caso.

22. Contra a Escola Livre ergueram-se estudiosos vários, apontando-lhe o grave defeito de comprometer a segurança jurídica, gerando estado de anarquia. Dentre os opositores, destaquem-se Unger, Dernburg, Hellwig, Polacco, Coviello, Degni, Pacchioni, Bugri.

Os tribunais devem obediência à Lei e a jurisprudência não pode mudar ao sabor das tendências do dia e das classes e partidos políticos.

23. Os partidários da Escola Livre, todavia, centravam suas críticas na excessiva abstração do método tradicional, que ficava agrilhado a conceitos lógicos e formais, distanciando-se da realidade da vida, da natureza das relações sociais em causa e da própria finalidade do Direito.

Em seu modo de ver, não há vontade da Lei, sendo esta a que os homens lhe atribuem, haja vista às constantes mutações da jurisprudência.

24. Por evidente, que esta concepção não poderia prevalecer, quando não fosse pela repartição constitucional dos Poderes, nos países que a consagram.

É certo prescrever o art. 4º do Código Civil suíço, em tímida aplicação daquelas idéias, ter o Juiz de decidir de acordo com o direito e a equidade, quando a lei se referir a seu critério ou a circunstâncias ou motivos poderosos.

No entanto, não chancela as teses da Escola Livre.

25. A interpretação, que, essencialmente, é sempre teleológica, e não há concebê-la de outra forma, porque confere eficácia prática à jurisprudência, está vinculada à Lei, quer pela aplicação lógica, quer pela analógica, cujos germes e meios se contêm no Direito positivo. O princípio não é invenção do jurista, porém descoberta do Direito, que se encontra latente no Direito positivo.

Esta, a lição de Ferrara, para quem não se pode conceder ao magistrado um *salvoconduto teórico para a violação da lei*.

Daí que, devido a críticas procedentes ao exagero formal da escola tradicional, evoluíram os cultores do Direito para métodos que, preservando a lógica e o valor intrínseco do sistema, levavam, todavia, em conta os dados da realidade, que plasmam a espécie à espera de decisão.

Saleilles, na França, que apregou o método histórico-evolutivo, sustentava dever a interpretação inspirar-se em fatores sociais, com o sentimento da utilidade social. “*Au déla du Code Civil, mais par le Code Civil*”, proclamava.

Segundo Ferrara, trata-se de método verdadeiro, que não se desvia, porém, da inteligência do tradicional. Repousa sobre dois cânones: a) a *ratio legis* é objetiva; b) é atual. Assume, com o evolover do tempo, coloração diversa, sem mudar-se a Lei, permitindo ao magistrado aplicá-la a casos novos, dando-lhe sentido atualizado.

26. O art. 5º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil filia-se a essa posição intermédia, ao estabelecer que, na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Segundo o Professor e Desembargador Serpa Lopes, em seus **Comentários à Lei de Introdução do Código Civil**, v. 1, p. 121 e segs., os fins sociais dizem algo do sistema teleológico, constituindo-se o *Bem Comum*, de noção tomista, nas justas exigências.

Por outro lado, autoriza o art. 127 do CPC., em casos previstos em lei, a decidir o Juiz por equidade, como se legislador fora.

VI. ASPECTOS ATUAIS DA INTERPRETAÇÃO DA LEI

27. A evolução jurídica, a aproximação de povos de sistemas jurídicos diferentes, sua reunião em blocos como na Comunidade Econômica Européia, e a Informática, por outro lado, têm introduzido fatores e pers-

pectivas atuais no concernente a formas e métodos de interpretação, a partir da concepção de novas fontes jurídicas.

Em tema de codificação, por exemplo, o Código Civil português, de 1966, além de alargar a possibilidade de julgamento por equidade, quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível (art. 4º, “b”), permite, no art. 10, nº 3, ao cuidar da integração das lacunas da lei, na falta de caso análogo, ser a situação resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

Prescreve, no art. 8º, a obrigação de julgar e o dever de obediência à lei, fixando, em seu nº 2, que esta não pode ser afastada sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.

Mas, no art. 9º, ao ocupar-se da interpretação da lei, estabelece em seu item 1º não dever cingir-se à sua letra, mas reconstituir, a partir dos textos, o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

Adita, no nº 2, não poder, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

Este Código, aliás, se caracteriza, em tendência científica e moderna, por adotar tipos de formulação mediante conceitos gerais e abstratos, na linha do BGB. Recorre, pois, a cláusulas gerais, *standards*, ou escalões jurídicos, isto é, critérios valorativos de apreciação, e a conceitos indeterminados para construir hipóteses legais. Citem-se como exemplos das primeiras: a boa-fé, os bons costumes, a ausência de causa justificativa, a equidade, o abuso de direito; de conceitos indeterminados: as demais circunstâncias do caso, a diligência de um bom pai de família, a gravidade, a violação grave (Carlos Alberto da Mota Pinto, **Teoria Geral do Direito Civil**, Coimbra Editora Ltda. 1976, p. 43).

Para o saudoso jurista luso,

“significa tal introdução de cláusulas gerais e conceitos indeterminados um intuito de dotar o Código Civil com uma possibilidade de adaptação às várias situações da vida, adaptação fundamentalmente a cargo da jurisprudência, a quem incumbe concretizar estes critérios e conceitos carecidos de preenchimento”
(grifos nossos)

28. Juristas europeus têm enfatizado a penetração do sistema da *civil law* por conceitos jurisprudenciais emanados da *common law*, sobretudo agora em face da almejada unificação européia.

Por outro lado, diante do alargamento do uso da Informática no Direito, ensejando a compilação e sistematização das decisões judiciais, fala-se no deslocamento do eixo do sistema jurídico continental da Lei para aquelas (Prof. François Terré, em conferência sobre “A Crise do Direito”, no V Congresso de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 1987).

É verdade que em recentes intervenções a respeito do papel reservado à jurisprudência hoje, autores franceses (Jean Luc Aubert, Monique Bandrac, André Breton, Carbonnier, Gérard Cornu, Michelle Gobert, François Terré, André Tunc e Frédéric Zenati) externaram opiniões distintas sobre seu alcance e limites (**Revue Trimestrielle de Droit Civil**, nº 2, abril-jun 1992, p. 337 a 361: “*La jurisprudence aujourd’hui – libres propos sur une institution controversée*”). Se Jean Luc Aubert manifesta-se em favor de rebeliões construtivas, Gérard Cornu alude ao mito do juiz-legislador, sendo ilusão aguardar, da jurisprudência, a salvação do poder normativo, constituindo-se o Juiz fonte de justiça todos os dias. Michelle Gobert reporta-se à jurisprudência, fonte de direito triunfante, porém ameaçando, implicando a interpretação em criação (“*qui dit interprétation dit création*”). François Terré interroga, de forma mordaz: “*Jurisimprudence*”? , ressaltando Frédéric Zenati a observação de não se identificar, no julgamento, uma regra de direito, porquanto diz com o caso, carecendo dos atributos de abstração, generalidade e impessoalidade, o que outros também consignam.

No Direito norte-americano, a escola de jurisprudência crítica, a que se filiam também Professores de Harvard, propõe *train lawyers to question the law* (**Business Week**, June 6, 1998, p. 6).

Deixa a Lei de ser a Alma do Reino, como era havida na Idade Média (*apud* Diogo Leite de Campos, *in A Invenção do Direito Matrimonial*, Coimbra, 1989, p. 60, nota 110). Aliás, juristas italianos, como Natalino Irti, em trabalho sobre **Le Leggi Speciali (Lecture di Diritto Civile, raccolte da** Guido Alpa e Paolo Zatti, Cedam, 1990, p. 85), põem em destaque a mudança no próprio conceito de lei, que, diante do movimento no sentido dos microssistemas legislativos, na época da descodificação, que caracteriza nossos dias, despe-se do cunho de generalidade, pois destina-se apenas a

determinados grupos de pessoas (locatários, arrendatários rurais, empregados etc.), das quais se torna um estatuto.

Concede-se, de qualquer modo, inequivocamente, hoje, mais discricção ao Juiz, sem descuidar da segurança e harmonia do sistema jurídico.

29. Diante desses aspectos, ajusta-se como um critério apto a atender a tais necessidades o da interpretação pela lógica do provável, sugerida pelo Prof. Arnaldo Wald (“Os métodos Modernos de Interpretação”, in **Revista do Direito Civil**, nº 31 p. 7 e segs.), em que os juízos de valor são aferidos segundo a categoria do razoável e não conforme os esquemas do racional da lógica formal. O razoável, nas palavras do Mestre, refere-se sempre à situação concreta, procura conciliar os princípios de equidade com a segurança jurídica, ante a necessidade de solução em face do caso concreto, em que entram em relevo os valores econômicos e sociais envolvidos e expressos na norma concreta.

Traz à colação a opinião do Prof. Miguel Reale, (**Estudos de Filosofia e Ciências do Direito**, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 79), do abandono da estrutura lógico-formal, para ser entendida em termos retrospectivos das fontes e prospectivos de modelos, em razão de uma estrutura histórica concreta. O jurista há de utilizar-se da elasticidade do modelo para a adequada atualização, sem menosprezo aos valores essenciais da certeza e da segurança.

Cita o Prof. Arnaldo Wald como exemplo dessa realidade a aplicação do Direito Bancário e Tributário, em que guarda maior importância o resultado econômico do que a forma ou relação jurídica. Consiste na interpretação econômica (*Wirtschaftliche Betrachtungsweise*).

Esta é a tese sustentada com amplo e profundo domínio do tema pelo jurisfilósofo mexicano Prof. Luiz Recaséns Siches (*op. cit.*), na qual, após longa e exaustiva exposição das mais variadas correntes de pensamento que se formaram na matéria, defende ser o *logos do humano ou razoável*, aferível diante da riqueza e variedade dos casos concretos, com raízes na concepção aristotélica do próprio *logos*, do qual é uma das facetas, o único critério válido para dar vida e fundamento à norma jurídica. Repudia a tradicional lógica formal ou racional, que estereliza o Direito.

Sustenta ser impossível estruturar em um sistema de pura lógica dedutiva o Direito positivo, sendo, por conseguinte, impossível elaborar a ciência dogmática da ordem jurídica positiva ou de qualquer de seus ramos como um sistema de puras inferências. Por outro lado, nenhum conjunto de

normas elaboradas por uma instituição humana pode prever todas as contingências que se apresentam, nem determinar todas as medidas para seu tratamento. Em assim sendo, resulta que o órgão judicial, que há de decidir a respeito de todos os problemas que se lhe apresentem, necessariamente tem de criar ou descobrir as normas pertinentes para a solução dos novos casos e para preencher as lacunas que inevitavelmente há nas leis (op. cit., p. 520 e segs.).

A aplicação do Direito é, deste modo, parte integrante da norma.

Santo Tomás de Aquino, aliás, conceitua a Lei como a *ordenação da razão, promulgada pela autoridade competente, em vista do bem comum* (“*est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata*” – apud Alípio Silveira, op. cit., v. 2, p. 80).

30. E este moderno método de interpretar e aplicar o Direito, sobre seguir a luz dos tempos, amolda-se ao preceito do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando determina atenda o Juiz aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. E concilia-se com o método histórico-evolutivo.

VII. EQUIDADE

31. Tema atraente, de que se socorrem os magistrados para fazer a justiça que o caso exige.

Já invocada em Roma, em cujo Direito penetrou por influência da filosofia grega (Mário Curtis Giordani, **Iniciação ao Direito Romano**, Lj, p. 171), apresenta-se no período clássico sob a inspiração de ideal de justiça, nos pós-clássico com o sentido de benignidade, benevolência (Moreira Alves, **Direito Romano**, v. I, 5 ed., nº 65, p. 92/3), e contribuiu para a formação do Direito pretoriano.

Na Inglaterra, as Cortes de *Equity* plasmaram outra fonte de Direito, ao lado da *common law*, introduzindo prescrições e institutos que esta não previa.

Sendo uma das características da última a tipologia das ações, para obter-se a tutela jurídica em favor de uma situação para qual se previra um *writ* e que merecia, por justiça, ser conhecida, o interessado recorria diretamente ao Rei, representado por seu Chanceler, para pedir-lhe, como mercê, que *interviesse para satisfazer à sua consciência e como ato de caridade* (Castro Mendes, op. cit., p. 193 e segs.).

Daí surgiram inúmeras regras jurídicas com base em princípios de justiça e que, apesar de aplicadas a casos particulares, passaram a constituir regras gerais, que, em máximas, fixaram posições em face da *common law*. Dentre estas, destaquem-se: “*Equity looks to the intent and not to the form; Equity does not allow an statute to be made an instrument of fraud; He who comes into equity must come with clean hands*” (Cf. Lino de Moraes Leme, “Direito Civil Comparado”, **RT**, 1962, p. 63/4). Demais disso, por seu caráter de praticidade, introduziu a *equity* inovações no Direito inglês: a execução específica dos contratos, a anulação por vício de vontade, a cessão de crédito e outras soluções jurídicas que a *common law* não conhecia e para as quais não continha esses remédios.

32. Aristóteles definia a equidade como a “*mitigação da lei escripta por circunstancias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou aos tempos*” (Apud Carlos Maximiliano, **Hermeneutica**, p. 184).

33. Estabelece o art. 127 do Código de Processo Civil que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Em recente e profundo artigo sobre “A palavra e seu significado”, no **Jornal do Brasil** de 27.7.92, professa seu magistério Dom Lourenço de Almeida Prado:

“*Como observa Santo Tomás, que deveria ser mais lido pelos juristas, a lei regula atos humanos, mas, como estes variam ao infinito, não pode atendê-los a todos.*

Daí precisar a justiça, para ser plenamente justa, do aprimoramento da epieikeia, que os latinos traduziam por equidade. A epieikeia, sem negar a lei, segue o que postula a justiça, de preferência à letra da lei” (Cf. *S. Th. 2ª 2ª Q – 120*).

Consistem aqueles casos, segundo Edson Prata (“Equidade”, em **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 51, p. 35 e segs.) no art. 1.075, IV, do CPC, ao autorizar os árbitros a julgarem por equidade; no art. 1.100, VI, ao cominar nulidade para o laudo arbitral proferido por equidade sem autorização; no art. 1.095, II, ao erigir como requisito essencial do laudo a menção de que foi a decisão proferida por equidade; no art. 1.109, ao dispensar o Juiz, quando decidir no procedimento especial de jurisdição voluntária, de observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Sustenta o autor não se adstringir a equidade às hipóteses elencadas no CPC, dilargando-se sua aplicação como meio de interpretação da norma legal, para justa aplicação ao caso concreto, não dependendo, a este escopo, o julgador, de autorização expressa, que só se torna necessária quando a aplicar no lugar do texto legal, concepção adotada por Celso Agrícola Barbi.

Para Edson Prata, se só se julgar com equidade quando a lei o autorizar, *a contrario sensu*, poder-se-ia admitir que se estaria decidindo com iniquidade quando a legislação não a previsse, o que seria um contra-senso.

Eis que, a seu ver, quer diante do CPC e a despeito também do disposto no art. 8º da CLT, julga-se com equidade sempre.

34. Os autores são cautelosos quanto ao julgamento por equidade. Resume com cuidado Carlos Maximiliano (*op. cit.*, p. 187):

“Não se recorre à Equidade senão para attenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva, clara e precisa.

Não se pode recusar seu valor como conceito amortecedor de desgastes e possíveis atritos entre a realidade que muda e o texto que permanece. Não para desconhecê-lo ou alterar-lhe a forma, mas para manter acesa a chama de sua presença.”

Permanece atual a prudente recomendação dos Estatutos da Universidade de Coimbra, 1.772, liv. II, tít. VI, cap. VI, § 13, invocada por Carlos Maximiliano (*ibidem*, p. 115, nota 111):

“Não transcendam os mesmos magistrados e professores os justos e impreteríveis limites das suas faculdades; e não se precipitem no temerario e sacrilego attentado de pretenderem ampliar ou restringir as leis pelos seus particulares e próprios dictames, como se dellas pudessem ser árbitros.”

Inscrita, porém, na Consciência e nos Corações, persevera a velha e presente advertência das Escrituras:

“Maldito é aquele que viola a equidade na causa do estrangeiro, do órfão e da viúva.” (Deuteronômio, XXVII, 19)

35. Finalizando, como a resumir todas as perspectivas que, ao longo do tempo contribuíram para conduzir a uma Interpretação moderna da norma jurídica, que se volta mais para a substância de seu comando diante da situação concreta, para prestar-lhe Justiça, em desapego à sua mera exteriorização formal, evoquem-se belas e sempre atuais lições de um dos maiores homens públicos e juristas brasileiros, nascido em Ponte Nova, Milton Campos, ao fim de artigo sobre *Constituição e Realidade*, escrito em fevereiro de 1960 (“Testemunhos e Ensinamentos”, **Coleção de Documentos Brasileiros**, Livraria José Olympio, p. 145):

“Mas também das leis não esperemos tudo. Elas podem ser obras de técnicos, de legistas, de teóricos, que a concebem com perfeição mas não lhes asseguram uma execução leal, porque essa missão está fora de seu alcance. São as leis feitas de cima e que, por isso, florescem sem raízes no solo, e exigem, para viver, as estufas das elites oligárquicas e minoritárias. As leis só serão boas se refletirem os sentimentos obscuros e as tendências difusas que jazem nas camadas profundas onde se situa o coração dos homens. É aí que florescem os lírios, símbolos evangélicos da singeleza e da naturalidade. “Crescei como os lírios”, manda-nos o Sermão da Montanha. E diz um poema de Carlos Drummond de Andrade: “As leis não bastam: os lírios não nascem da lei”. Mas concluo que nascem da terra, a qual, no seu significado complexo, é a realidade, que gera os lírios e cria as leis” (grifos nossos) ◆