

NORMA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. ASPECTOS ATUAIS(*)

Luiz Roldão de Freitas Gomes

Sumário: I – Aplicação da norma jurídica; II – Espécies de interpretação; III – Interpretação clássica. Processos; IV – Interpretação moderna; V – Aspectos atuais da interpretação da lei; VI – Lacunas no Direito Positivo; VII – Analogia; VIII – Princípios gerais de Direito; IX – Equidade.

I – Aplicação da Norma Jurídica

No ensinamento de *Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Editora Livraria de O Globo, 1923, p. 11), a aplicação “consiste em enquadrar um caso concreto numa norma jurídica adequada. Submete 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 o momento da atividade do aplicador. Revela o adaptador da doutrina à prática, da ciência à realidade: o verdadeiro jurisconsulto.

A Interpretação, por sua vez, conforme o mestre, no que é acompanhado por *Serpa Lopes (Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, v. I, 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*).

2. Controverte-se quanto à oportunidade e conveniência de constarem de um Código regras de hermenêutica, que mais cabem à Doutrina e à Jurisprudência, desprovidas de caráter imperativo. Nossa Lei de Introdução consagra

(*) Palestra realizada no Curso de Admissão da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro — EMERJ.

uma regra daquela natureza no art. 5º, ao estabelecer 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 exemplo, contém regras de interpretação dos contratos (art. 1.156 a 1.162), elaboradas por *Pothier*.

3. Interpretar a lei, sublime função do magistrado, é, no dizer do mestre *Carlos Maximiliano* (*ob. 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.

Dentre as concepções de interpretação, porém, nenhuma se afigura mais singela que a de *Clóvis Bevilacqua* (*Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., p. 37): “Interpretar a lei é revelar o pensamento que anima suas palavras”.

4. O juiz, nas expressões de *Ferrara* (*Trattato di Diritto Civile Italiano*, pp. 195/96), 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 o sentido e alcance, captando a *mens legis* e apreendendo sua *ratio*. Importa dar vida ao texto.

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

Objeto de interpretação jurídica é toda norma, lei, costume, tratado ou decisão judicial (Professor *Caio Mario da Silva Pereira*, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, nº 38, pp. 125 e segs.).

II – Espécies de Interpretação

5. Didaticamente, a interpretação da lei tem merecido classificações para melhor aplicação de seus métodos e processos. Assim, por exemplo, reportando-se a *Tito Fulgêncio*, em classificações cujas espécies são abordadas, de uma outra forma, por outros autores (*Carlos Maximiliano*, *Serpa Lopes*, dentre vários), o Prof. *Caio Mario 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*.

Saliente-se, entretanto, que a atividade interpretativa, em sua substância, é una. Para *Ferrara*, a quem assim se apresenta, é complexa, de natureza lógica, prática, 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, expressão tão ao gosto do Min. *Orosimbo Nonato*, a seu conceito íntimo e o desenvolve em todas as possíveis direções.

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

III – Interpretação Clássica. Processos

6. Como visto, em face de critérios tradicionais, levando-se em conta a 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 ambiguidades ou falta de clareza.

É, no mais frequente, a interpretação da lei pela própria lei, que, por seu conteúdo de lei pretérita, que esclarece, não vigora apenas para o futuro, mesmo quando completa lacuna da lei anterior.

Tem como característica, pois, a eficácia retroativa, remontando seu surgimento a período em que ao legislador competia a interpretação da lei. Deve ser da mesma hierarquia da norma interpretada e também submete-se à inteligência de suas disposições.

7. *Interpretação judicial* é a que se promove no aplicar, o juiz, a lei à espécie. Não é função judicial específica, porém resultado, por consequência, da fixação do conteúdo do preceito invocado. Não assume a interpretação sentido normativo.

Destarte, súmulas, prejudgados e uniformizações de jurisprudência não contêm norma jurídica, apenas cristalizam a jurisprudência da Corte. 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 Ministro *Moreira Alves*, in “DJU”, de 5.2.88, p. 1.839).

Faz-se mister para que a interpretação se tenha por judicial que figure na parte conclusiva da sentença, que faz coisa julgada. Nos Motivos, além de lhe faltar cunho de generalidade, não desponta perante terceiros nem para outros órgãos judicantes.

Ocorre diversamente na *common law*, em que a *ratio decidendi* vincula, valendo mais que como *obiter dicta* (Prof. *João de Castro Mendes*, *Direito comparado*, Edição AAFLD, Lisboa, 1982-1983, p. 212).

8. *Doutrinária* é a interpretação que emana da obra do jurista, em trabalho de cunho teórico, cuja autoridade depende da de seu autor e de seu esforço em face da lei *in abstracto*, sem influência dialética ou interesse mediato.

9. No tocante aos *elementos da interpretação*, diz-se *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.

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

10. A interpretação *lógica* ou *racional* pesquisa o espírito da disposição, dessume-se de fatores racionais, da gênese histórica, da conexão com outra norma e com o inteiro sistema.

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

O fim, porém, não fornece, por si só, o real conteúdo da norma, porque pode ser alcançado por várias vias e pode ter havido equívoco do legislador quanto aos meios.

O fim, no elegante dizer de *Ferrara*, é o raio de luz que clareia o caminho do intérprete.

Da *ratio legis* distingue-se a *occasio legis*, conjunto de circunstâncias históricas que cerca a criação da Lei, como, por exemplo, a situação de revolta e perturbação interna que precedem a edição de diplomas restritivos a liberdades pessoais.

A *ratio legis* pode mudar com o tempo, conferindo atualidade à norma, sendo a base da interpretação evolutiva.

11. 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 eles se compatibilize.

Isto porque o Direito não é um aglomerado de preceitos a esmo, mas um conjunto, orgânico e harmônico, de regras que guardam correlação entre si e se reportam a princípios inspiradores mais elevados, os gerais de Direito.

12. Autores se referem ainda à *interpretação histórica*, que não se revela, todavia, desta espécie nem método de interpretação. Cuida-se de recurso auxiliar no trabalho do intérprete. Diz respeito ainda aos trabalhos preparatórios da Lei, que não assumem atualmente o valor de que antes desfrutavam, na medida em que a *mens legis* não se identifica com a *mens legislatoris*, difícil, hoje, de aferir-se diante da heterogeneidade na composição dos órgãos legislativos. Constitui, mais, matéria *interna corporis* deles. Comparam-se às tratativas nos contratos.

IV – Interpretação Moderna

13. 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, pós-glosadores, tecendo 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.

14. 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 no lugar e ao lado de Direito positivo.

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

Foram seus corifeus, com matizes próprios de opiniões, *François Gény, Bulow, Köhler, Kantorowicz, Schlossmann, Erlich, Stammler*, que preconizava o Direito Justo, *Mayer*.

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

15. Contra a Escola Livre ergueram-se estudiosos vários, apontando-lhe o grave defeito de comprometer a segurança jurídica, gerando perigoso estado de anarquia.

Dentre os opositores, destaquem-se *Unger, Dernburg, Hellwig, Polacco, Coviello, Degni, Pacchioni, Brugi*.

Os Tribunais deviam obediência à Lei e a jurisprudência não poderia mudar ao sabor das tendências do dia e das classes e partidos políticos.

16. Os partidários da Escola Livre, todavia, centravam suas críticas na excessiva abstração do método tradicional, que ficava agrilhado aos conceitos lógicos e formais, afastando-se da realidade de vida, da natureza das relações em jogo, do fim do Direito.

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

17. 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 a motivos poderosos.

No entanto, não chancela as teses da Escola Livre.

18. A interpretação, verdadeiramente teleológica, e não há concebê-la de outra forma, que 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*.

Daf 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, a formarem a espécie à espera de decisão.

Saleilles, na França, que apregoou o método histórico-evolutivo, sustentava dever a interpretação inspirar-se em fatores sociais, com o sentimento da utilidade social. "*Au delà 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 a Lei, permitindo ao magistrado aplicá-la a casos novos, dando-lhe sentido atualizado.

19. 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 Prof. e Desembargador *Serpa Lopes*, em seus *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. I, pp. 121 e seqs., 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, *a*, em casos previstos em lei, decidir o juiz por equidade, como se legislador fora.

V – Aspectos Atuais da Interpretação da Lei

20. A evolução jurídica, a aproximação de povos de sistemas jurídicos diferentes, sua reunião como na Comunidade Econômica Européia, a informática, por outro lado, têm introduzido fatores e perspectivas atuais no concerner 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 este não pode ser afastado 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 abstratos, na linha do BGB. Recorre, pois, a cláusulas gerais, *standards*, ou estalões 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 de *jurisprudência, a quem incumbe concretizar esses critérios e conceitos carecidos de preenchimento* (grifos nossos).

21. 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, 1977).

No próprio 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, 1988, 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).

Concede-se, inequivocamente, mais discricção ao juiz, sem descurar da segurança e harmonia do sistema jurídico.

22. Diante destes aspectos, ajusta-se como um critério apto a atender a tais necessidades o da interpretação pela *lógica* do *provável*, sugerido pelo Prof. *Arnoldo Wald* ("Os Métodos Modernos de Interpretação, in "Revista de Direito Civil", nº 31, pp. 7 e segs.), em que os juízos de valor são aferidos segundo a categoria do razoável e não conforme os esquemas do racional e 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 Ciência 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 se utilizar da elasticidade do modelo para a adequada atualização, sem menosprezo aos valores essenciais da certeza e da segurança.

Cita o Prof. *Arnoldo Wald* como exemplos 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 Betrachtung-sweise*).

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.

VI – Lacunas no Direito Positivo

24. Controverte-se sobre a existência de lacunas no Direito positivo e a respeito das formas de preenchê-las, respectivamente no Direito Público e no Direito Privado.

Se por lacunas se compreendem vazios insuscetíveis de preenchimento, então não há nelas falar no Direito. Se não recaem sob normas de reenvio, predispostas, neste caso situam-se fora do campo jurídico.

A lacuna, entretanto, tal como admitida, verifica-se quando inexiste disposição legal que regule especialmente determinada matéria, que pode ser

suprida por outra norma por analogia, ou, se tal não ocorre, na lição de *Ferrara* (*ob. cit.*, pp. 224/32), o fato comporta-se na esfera de liberdade extrajurídica ou é juridicamente indiferente, se aquele resultado é impróprio à índole da relação.

A ordem jurídica tem horror ao vácuo, expressa o mestre italiano. As lacunas, como tais entendidas, comuns no ordenamento jurídico quando situações novas não são abrangidas por lei preexistente, preenchem-se mediante interpretação e desenvolvimento do conteúdo legislativo e desaparecem na aplicação.

Podem eventualmente ser intencionais, quando o legislador se defrontou com situações ainda não amadurecidas para a disciplina legislativa, preferindo deixar sua solução, provisoriamente, à doutrina e à jurisprudência.

Pode o juiz, todavia, sempre preenchê-las à base do sistema jurídico, que é capaz, em si, de gerar norma para qualquer hipótese.

VII – Analogia

25. *Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem debet esse legis dispositio.* É o princípio que inspira esta primeira forma de integração da norma jurídica.

Não consiste propriamente em fonte do Direito, embora considerada como tal, com caráter secundário, em face do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois que não cria Direito novo, mas limita-se a descobrir o existente. Invocando-a, o juiz desenvolve normas latentes no sistema, em elaboração vinculada à lei, pois o Direito, ainda no escólio de *Ferrara* (*ibidem*), não é apenas o conteúdo imediato das disposições expressas, porém o *virtual de normas não expressas*, ínsitas ao sistema.

É, pois, o “processo lógico pelo qual o aplicador do Direito estende preceito legal a casos não previstos em seu dispositivo” (Prof. *Caio Mario*, *ob. cit.*, pp.56/7), que a concebe, como *Clóvis Bevilacqua* (*Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., nº 30, p.34), como fonte de Direito subsidiária desde as Ordenações (L. 3, tít. 69), ao determinarem ao juiz proceder de semelhante a semelhante.

Pode apresentar-se de forma simples (*analogia legis*), a implicar na extensão de uma regra a caso nela não previsto, ou de modo complexo (*analogia iuris*), que exige extrair-se, do sistema, um princípio e aplicá-lo à espécie, sob a inspiração do mesmo pressuposto.

Para recorrer-se à analogia, é mister concorram os seguintes pressupostos (*Ferrara*): a) a falta de precisa disposição legal para o caso a decidir; b) a

igualdade jurídica na essência entre o caso a regular e o regulado (semelhança jurídica dos fatos); c) não caber interpretação extensiva, com que não se confunde.

Para aferir-se a semelhança dos fatos, basta se levem em conta os elementos juridicamente relevantes, as notas decisivas, não os acidentais e acessórios.

Importa distingui-la, logo, da interpretação extensiva, ambas de consequências diferentes.

Esta, que se insere no processo de interpretação lógica, pressupõe que o seu caso não previsto diretamente na lei se enquadra em seu sentido, apesar de refugir à sua letra. Na analogia, já o caso não é contemplado, absolutamente, na disposição legal. A primeira completa a letra da lei, a segunda, seu pensamento.

Daf que, segundo *Ferrara (ob. cit., pp. 224/32)*, em suas insuperáveis lições, profbe-se a extensão de normas excepcionais só por analogia, não por interpretação extensiva.

Não se pode também recorrer à analogia, quando prevalece o argumento *a contrario sensu*, que exclui casos outros fora dos previstos.

26. Por outro lado, a interpretação extensiva tem lugar exatamente, quando o sentido literal da lei não coincide com sua vontade, que se deduz da interpretação lógica. Deve o pensamento, no caso, triunfar da escama verbal (*prior atque potentior est quam vox, mens dicentis* — 7, § 2, D. 33, 10), remata o jurista italiano.

Pode a imperfeição lingüística resultar em que tenha dito o legislador mais do que pensava, e traz o texto ao leito a interpretação restritiva, ou menos do que desejava, e leva-o às margens a interpretação extensiva.

Mediante a interpretação extensiva denuncia-se a fraude à lei, que se esconde sob a obediência formal ao texto, violando-lhe, todavia, o sentido.

VIII – Princípios Gerais de Direito

27. Constituem ainda fonte subsidiária do Direito, conforme *Clóvis Bevilacqua (Teoria Geral, p. 36)*, formando “as regras mais gerais que constituem o fundamento da ciência e da arte do direito; não somente os princípios que dominam o direito nacional, como ainda o conjunto dos preceitos essenciais, que servem de expressão ao fenômeno jurídico.”

No Direito anterior, eram também fonte subsidiária os princípios de Direito romano, sob a inspiração da boa razão (Lei de 28.8.1772).

Constavam, antes do Código Civil, como refere o Prof. *Caio Mario* (*Instituições, cits.*, pp. 125/38), da obra dos jurisconsultos de nomeada.

Com a codificação, passaram a extrair-se dela, em esforço de abstração apurado. São fonte subsidiária no Código Civil italiano (art. 12) e no português (art. 13).

Serviram, no Direito brasileiro, à construção da teoria da imprevisão, à ampliação da responsabilidade civil, da garantia dos direitos pelo mandado de segurança e na extensão do reconhecimento de filhos ilegítimos, em exemplificação do jurista brasileiro. Acrescente-se a vedação do enriquecimento sem causa.

Muitos hão de ajudar para sua atualização e renovação.

IX – Equidade

28. 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 Giodani, Iniciação ao Direito Romano*, LJ, p. 17), apresenta-se no período clássico sob a inspiração de ideal de justiça, no pós-clássico com o sentido de benignidade, benevolência (*Moreira Alves, Direito Romano*, vol. I, 5ª ed., nº 65, pp. 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 a qual não 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, ob. cit.*, pp. 193 e segs.).

Daf 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 a posição em face da *common law*. Dentre estas, destaquem-se: *Equity looks to the intent and not to the form*;

Equity does not allow a 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*, RJ, 1962, pp. 63/4). Demais disso, por seu caráter de praticidade, introduziu a *equity* inovações no Direito inglês: a execução específica dos contratos, a anulação do contrato por vício de vontade, a cessação de crédito e outras soluções jurídicas que a *common law* não conhecia e para as quais não continha esses remédios.

29. *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, Hermenêutica*, p. 184).

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

Consistem estes, segundo *Edson Prata* (“Equidade”, em “*Revista Brasileira de Direito Processual*”, vol. 51, pp. 35 e segs.); no art. 1.075, IV, do CPC, ao autorizar aos árbitros para 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 Agricola 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 contrasenso.

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

31. Os autores são cautelosos quanto ao julgamento por equidade. Resume o cuidado *Carlos Maximiliano* (*ob. cit.*, p. 187): “Não se recorre à Equidade senão para atenuar 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 a 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 proprios dictames, como se dellas pudessem ser arbitros".

Mas, inscrita 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)