

INTEGRAÇÃO DO DIREITO

PROF. JOSÉ SOBREIRA DE AMORIM

Catedrático de Direito Romano

A nossa disciplina, diz Del Vecchio (279), tem por fontes clássicas a filosofia grega e a jurisprudência romana e confirma autorizadamente que “embora os juristas romanos guardassem o maior respeito pelas instituições tradicionais, jamais forçando ou impedindo a sua evolução contínua, nunca perderam de vista, contudo, a vida concreta e a natureza das coisas e souberam contribuir permanentemente para o progresso jurídico com uma perfeita técnica formal, que nenhuma nova exigência imposta pela vida deixava de contentar”, e que “aí se encontra a glória máxima” dêsses mestres.

Julga acertado Biondi (280), quando escreve que “o conhecimento das coisas divinas e humanas se requer não por si mesmas como objeto do conhecimento, mas como pressuposto científico para atuar a justiça, que é o fim essencial da jurisprudência. A definição vem mostrar que a ciência não está separada da vida, e sim que serve a vida”.

Referindo-se à *ciência do direito*, escreve ainda o Mestre

Excertos da tese “De Jurisprudientiae Definitione Ulpianea”

279 — Ob. cit., págs. 71/72.

280 — Arte Y Cienc., pág. 38.

(281) que não é outra coisa senão o “sistema ou arte da Justiça” e que a “tarefa do jurista é unicamente buscar o justo, tanto na aplicação como na formação do direito”, o que demonstra em páginas lapidares.

Advertindo que os jurisconsultos constituíram a classe mais elevada na vida pública romana, Riccobono (282), confirma que eles “furono in ogni tempo, quasi tutti applicati alla pratica, sia como *adseccores* di decidenti o di magistrati, e ciò specialmente nell’inizio della loro carriera, sia como giudici o come avvocati: i migliori, nell’Impero, privilegiati del *jus respondendi* o chiamanti nel *Consilium Principis*; molti, attivi nella carriera politica, della quale percorsero i vari gradi, prima nei diversi rami dell’amministrazione e poi pretori, consoli, governatori di provincia, Prefetti del Pretorio (Papiniano, Ulpiano, Paulo); e infine come consulenti o docenti”.

Sohm (283), que reconhece caber a palma a Q. Múcio Cévola, entre os *veteres* — “die palme unter diesen *veteres* trug der juengere Qu. Mucius Scaevola, *pontifex maximus*, davon”, confirma igualmente essa verdade irretorquível, segundo a qual o conhecimento do direito, saindo do círculo dos pontífices, integrou-se na cultura nacional, reconhecendo, como estimulante poderoso, o influxo da literatura e filosofia helênicas — die fachmaessige Kenntnis vom Recht trat aus den Kreisen der pontifices heraus und ward Bestandteil der natinalen Bildung. Gleichzeitig uebte die grieschische Literatur, hier vor allem die wiessenschaftliche Arte der stoischen Philosophie, ihren maechtig anregenden, veredelnden Einfluss aus”.

Riccobono (284) admira-se da atividade dos juristas sobretudo como escritores “per cui nel corso di tre secoli, da Cicerone ad Alessandro Severo, essi crearono quella immensa letteratura giuridica, fulgida espressione del genio latino, la quale ha avuto nella storia vicende extraordinarie e propaga-

281 — Ob. cit., pág. 126.

282 — Lineamenti, pág. 73.

283 — Institutionen, pág. 105.

284 — Ob. cit., pág. 74.

to nel mondo insieme alla scienza del diritto il senso dell Stato, la forza disciplina publica e privata e tutta la cività di Roma”.

A orientação intelectual decorrente do influxo filosófico na adoção de métodos ou processos de análises ou induções representa bem a coordenação de interesses práticos imediatos com as linhas mestras de construções sistemáticas.

A doutrina filosófica tornou os jurisconsultos mais aptos a compreenderem o alcance e função dos institutos jurídicos condicionados pelo contróle social e objetivos sociológicos genéricos ou específicos, trabalho admirável aperfeiçoado pela jurisprudência clássica, mas cujos fundamentos foram estabelecidos pelos chamados *veteres*.

Ao direito romano faltaria o esplendor de sua fundamentação científica, se o empirismo de suas normas não fôsse superado pela doutrina dos jurisconsultos que, a partir da fase final da República, imprimem aos seus trabalhos orientação nítidamente sistemática, sobre constantes motivações de necessidades sociais imediatas e ponderáveis.

A instituição do *jus respondi*, qualquer que seja o exato sentido de seus objetivos, adverte-nos do caráter oficial que teria a jurisprudência, com a colaboração entre os juristas e o governo imperial, a qual mais se acentuou posteriormente, pela grande transformação do jurisconsulto de partícipe de uma classe aristocrática e governante, na República, em membro da administração imperial.

Juristas eminentes ocupam altos postos da pública administração e o reinado de Adriano vem representar um ponto culminante na evolução histórica da jurisprudência, mas, de então por diante, a autoridade dos jurisconsultos não decorria, como na fase republicana, da preponderância política e moral da classe social de que participavam, mas, sobretudo, de suas relações com o poder público, sem que deixasse de constituir-se classe realmente aristocrática, em cuja doutrina jurídica se reconhecia a mesma autoridade das velhas tradições dos *veteres* republicanos, numa atitude indiscutivelmente conservadora de escolher remédios jurídicos necessários à solução dos problemas decorrentes de fenômenos sociais e econômicos so-

brevindos com o evolver da civilização, pois a tarefa do jurista consistia, antes de tudo, em interpretar e aperfeiçoar o direito então existente.

Consequência dessa atividade encontramos-la nos grandes comentários sistemáticos sobre o *jus civile*, por exemplo, que seguem normalmente o método de trabalhos escritos por eminentes juristas anteriores.

Riccobono (285), aludindo à “forme più svariate di trattazioni giuridiche” da literatura elaborada pelos juristas, confirma, citando Peter e Chiazese, que “tutta la produzione, del resto, ha dal punto di vista formale una caratteristica che va posta in rilievo, e cioè la consuetudine della tradizione, dalla Repubblica al tempo dei Severi, onde se spiega che i giuristi posteriori copiano liberamente le trattazioni corrispondenti dei giuristi anteriori, aggiungendo poi il proprio contributo sia concitazioni di opinioni e decisioni più recenti, di controversie e di constituzioni imperiali”, e cita ainda Ulpiano (286) que “riproduce alla lettera” a Juliano (287).

Se o direito não é fim, sim meio, não é a vida humana sociologicamente considerada que deve submeter-se às teorias jurídicas, mas, ao contrário, são essas teorias que devem ajustar-se aos fatos e necessidades da vida, segundo as exigências que paulatinamente decorrem da convivência humana.

O disciplinamento intelectual fez que a jurisprudência evitasse formas ou processos de aplicação, exclusivamente estreitos e formalistas, dos princípios jurídicos da *stricta ratio*, e acompanhasse o evolver econômico-social e intelectual, realizando os princípios superiores da *ratio summa* informadores do racional e do equitativo, que deveriam presidir à interpretação das regras jurídicas, e mesmo prevalecer, no caso de surgirem conflitos com outros critérios de interpretação.

Com acerto, ensinou Cícero (289) que da faculdade de

285 — Ob. cit., pág. 82.

286 — Dig., 50, 17, 161, Ulp.

287 — Dig., 35, 1, 24, Juliano.

289 — De Off., 1, 43.

prever nasce a reta razão nas ações, tornando-se a prudência a ciência de bem viver e de bem agir, e a virtude (290) que se encontra tôda nas ações, não a pode possuir quem não na pratica, existindo, aliás, uma arte para adquirir essa mesma virtude, que é a *sapientia* (291).

Assim, a jurisprudência, fundamentada nos princípios da eqüidade, cooperou assídua e eficazmente para a utilidade e o bem-estar social, porque, como elegantemente ensinou o jurisconsulto Paulo, não deve o direito provir da regra, sim a regra constituir-se segundo o direito que existe (292):

Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat.

Admiravelmente certo escreveu Cunha Gonçalves (293) serem “necessárias certas qualidades pessoais do intérprete; pois uma boa interpretação exige discernimento, bom senso, saber, experiência e dialética. O intérprete deve conhecer bem a língua em que a lei foi escrita; saber a filosofia do direito e os princípios fundamentais de tôdas as leis; conhecer o sistema geral da legislação e a história do direito. Enfim, deve o intérprete, sobretudo o juiz, atender ao fim social ou prático visado na lei e às exigências do bem comum”.

Referindo-se à interpretação, ensinou Juliano que ela “deve visar à utilidade social, ao bem comum, ainda *contra rationem disputandi*, o que se deve provar com inumeráveis casos (294):

Multa autem jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest...

290 — De Rep., 1, 2.

291 — De Off., 2, 2.

292 — Dig. 50, 17, 1, Paulo.

293 — Princípios, pág. 35.

294 — Dig., 9, 2, 51, 2, Juliano.

Papiniano, aludindo ao sócio *qui in fudum communem invito socio mortuum inferre vult*, ensina que, “por causa da utilidade pública”, e para que os cadáveres não permaneçam insepultos, prescinde-se da razão escrita... porque é razão suprema aquela que age em favor da religião (295):

... nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus, ... nam summam esse rationem, quae pro religione facit”.

Sobeja razão verificamos caber ao jurisconsulto Pompônio ao afirmar inútil a existência do direito, se não houver quem o aplique, e que o mesmo direito não pode subsistir se não houver um jurisperito mediante o qual possa tornar-se diàriamente melhor (296):

... “quantum est enim jus in civitate esse, nisi sint, qui jura regere possint? Post hoc deinde auctorum successionem dicemus, quod constare non potest jus, nisi sit aliquis jurisperitus, per quem possit quotidie in melius produci.”

Condicionada a essa objetividade do bem comum, da utilidade social, criou-se excepcional comportamento técnico de adaptação de princípios normativos às exigências diuturnas sobrevindas na esfera do evoluir ambiente, graças à exata apreensão da realidade circundante edificada sôbre alentado patrimônio de experiência.

Por isso é que, apoiando-se sòmente nos princípios das leis decenvirais, mas preenchendo-lhes as deficiências e omissões, conseguiram criar-se, mesmo sem interferência legislativa, novas formas de atos jurídicos e doutrina nova de importância

295 — Dig., 11, 7, 43, Papiniano.

296 — Dig., 1, 2, 2, 13, Pompônio.

decisiva e notória, ou como diz Cuq (297), “les Prudents, comme les Pontifes ont contribué au développement du droit en proposant des formes d’actions pour faire valoir les droits consacrés par les lois nouvelles, en adaptant les formes anciennes des actes juridiques aux besoins nouveaux de la pratique”, e acrescenta o ilustre mestre que os jurisprudentes foram além (297-A), porque “ils ont eu la pensée de dégager d’idée commune à un ensemble de lois ou de décisions judiciaires et de l’exprimer dans une formule brève et précise. Telle est l’origine des règles de droit, attribuées aux *veteres*, des définitions recueillies par Q. Mucius Scaevola. À dater de cette époque, les Prudents ont exercé sur le droit une influence prépondérante”.

Até mesmo nas elaborações teóricas, foram práticos os prudentes, revelando exata percepção da realidade circundante, erguendo construções doutrinárias sobre a experiência vivida.

A análise dos atos jurídicos, das regras, dos institutos fez que o *jurisprudens*, através de sua atividade interpretativa e criadora, da aplicação prática dos preceitos legais, atingisse os objetivos a que visava sua missão nobilíssima.

Consignando essa verdade sobejamente comprovada de ser a regra fundamentada “su precedente decisione, non creata in base a speculazione”, escreve Riccobono (298) que “é ovvio, per quel che si è detto dianzi, che questa attività della giurisprudenza sia divenuta più vivace nel periodo Muciano, sotto l’influsso della cultura greca; e a questo periodo infatti si deve attribuire il maggior numero delle *regulae*, che furono considerate sempre come principi fondamentali del *jus civile*”...

A formação das *regulae* representa, por conseguinte, um comprovante eloqüente e característico do desenvolvimento da ciência jurídica, porque demonstra a consequência da técnica aperfeiçoada pela teoria e pela prática.

297 — Ob. cit., pág. 39.

297-A — Ob. cit., pág. 59.

298 — Ob. cit., pág. 57.

Com razão e elegância ensinou o jurisconsulto Paulo ser “regra a que expõe com brevidade a coisa, tal qual é:

Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat
(299).”

Aludindo às “fôrças da evolução jurídica na história”, escreve Cogliolo (300), que “são sempre estas duas a utilidade imediata e a coerência conceitual; a necessidade e a fórmula de sua satisfação; a vida externa e o pensamento” e que “estas duas fôrças se combatem sempre, vencendo ora uma, ora outra, e neste combate perene consiste o progresso” e o ilustre Mestre logo acrescenta (301) que “no direito romano a harmonia destas duas fôrças é realmente admirável”, visto como, enquanto “as necessidades práticas acham a norma correspondente, essas normas se ligam e organizam entre si de tal modo que o edifício dos vários conceitos se torna tão praticamente lógico a ponto de servir como tipo aos direitos futuros”.

Observou-se, escreve Biondi, citando Ruiz (302), que os “romanos são o povo do direito, não o povo da lei” e logo ensina que a “jurisprudência, desde a época da república, apresenta a formulação de *regulae juris*, considerando-as como preceitos básicos do ordenamento jurídico.

O mesmo autor, agora citando Riccobono (303), adverte que “nenhuma dessas regras, ainda que repetidas e transmitidas até a recopilação justiniânea, se manteve na realidade”, e que devidamente compreendido o “valor relativo de toda fórmula geral, não se pensa em inverter ou mudar a regra”, verificando-se que, “ao contrário, os velhos princípios se vão demolindo gradualmente à medida que se apresenta a necessidade de fazê-lo”, sendo a melhor ciência jurídica a que acompanha mais estreitamente as necessidades da vida e con-

299 — Dig., 50, 17, 1, Paulo.

300 — Ob. cit., pág. 111.

301 — Ob. cit., ib.

302 — Arte y Cienc., pág. 52.

303 — Ob. cit., pág. 52.

segue satisfazê-la", porquanto é "*precisamente por esta função e pela extrema dificuldade do ordenamento jurídico, o tradicionalismo mais tenaz pode conciliar-se com as inovações mais ousadas*".

Com a expressão *jus civile*, designou-se originariamente o direito estabelecido pela jurisprudência, e o jurisconsulto Pompônio (304), referindo-se às leis decenvirais diz que, uma vez promulgadas essas leis, "começou, segundo naturalmente costuma acontecer, a parecer necessária à interpretação a discussão no fóro apoiada na autoridade dos prudentes. Esta discussão e este direito, que, sem estar escrito, compõe-se da interpretação dos prudentes, não toma seu nome de alguma parte própria, como as demais partes do direito se designam por seus nomes, pois a tôdas elas se deram nomes especiais; mas com a denominação é chamada direito civil".

O jurisconsulto Papiniano ainda repete ser *jus civile* "aquêlê que dimana das leis, dos plebiscitos, dos senatus-consultos, dos decretos dos príncipes e da autoridade dos jurisconsultos:

Jus autem civile est, quod ex legibus plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum venit (306)".

Não admira, pois, que Biondi (307) considere a ciência do direito em Roma essencialmente popular porque emana da consciência do povo "di cui sono espressione i giuristi, si rivolge al popolo ed il popolo l'intende a pieno" e que a *interpretatio* "procede dai *mores maiores*, cioè da quei principi formati in epoca preistorica, tramandati ed osservati come qualche cosa di ineluttabile. Gli istituti fondamentali, i capisaldi dell'ordinamento giuridico privato (*patria potestas, dominium, obligatio, hereditas, actio*) non sono stati riconosciuti formal-

304 — Dig., 1, 2, 2, 5, Pompônio.

306 — Dig., 1, 1, 7, 1, Papiniano.

307 — Inst., pág. 30.

mente da alcuno legge, ma provengono dagli antichi *mores*. É precisamente da questi *mores* che procede la *interpretatio*, la quale importa non creazione improvvisa ed autoritaria di norme giuridiche, ma sviluppo e adittamento degli antichi *mores* alle nuove e variabili esigenze sociali”.

O que vale da norma jurídica em direito positivo não são apenas as palavras, as *verba legis*, porque, sobretudo, o pensamento, a idéia, a *mens legis*, segundo o jurisconsulto Celso para quem saber as leis não consiste em conhecer suas palavras, mas sua força e autoridade:

Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem (308).

Oportuna a lição do prof. Matos Peixoto que, citando Savigny, Vangerow, Perozzi e Pacchioni, explica os dois sentidos em que é tomado o termo *jurisprudência*: lato e restrito. “Em sentido lato, significa toda a atividade da jurisprudência romana e corresponde aproximadamente ao que os modernos chamam doutrina. Querendo classificá-la no quadro do direito, os romanos designavam-na, à falta de expressão mais adequada, pelo nome de *jus civile*. Essa *interpretatio*, que incumbia primitivamente ao Colégio dos pontífices e, após a secularização da jurisprudência, aos jurisconsultos em geral, tinha vasto campo de aplicação, pois abrangia os casos não previstos nas leis, que eram os mais numerosos. Em sentido restrito, *interpretatio* é a determinação do sentido e alcance da lei (*mens legis*). Savigny chamou-lhe a reconstituição do pensamento da lei.” (312)

E Cuq escreveu autorizadamente que, na legislação romana, o que há de melhor talvez, não vem do voto do povo nem do edito do pretor, mas da Jurisprudência (313).

Na verdade, escreveu Savigny (313-A) que os juricon-

308 — Dig., 1, 3, 17, Celso.

312 — Ob. cit., 194.

313 — Ob. cit., pág. 45.

313-A — Sistema, I, pág. 235.

sultos romanos “freqüentemente ultrapassam os limites da interpretação verdadeira e entram no domínio da formação do direito, de modo que suas interpretações extensivas, extraídas do motivo da lei, corrigem, não a expressão, mas a lei mesma, e constituem verdadeiras inovações”...

Savigny alude a essa operação contraditória de aplicar o princípio da analogia a um *jus singulare*.

Assim, no Digesto (314), segundo Gaio, a “Lei Júlia, que provê relativamente ao prédio dotal para que não seja lícito ao marido obrigá-lo ou aliená-lo, há de ser interpretada mais latamente...

Lex Julia, quae de dotali praedio prospexit, ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est”...

Mas ensina o Mestre germânico, citando Hugo e Puchta, que “esta contradição se explica ante a posição dos antigos jurisconsultos que tinham em suas mãos o desenvolvimento do direito de uma maneira mais direta que os jurisconsultos modernos, e por esta razão a palavra *interpretatio* não designa simplesmente a interpretação pura, mas a tradição, quer dizer, tôdas as formas do direito científico com a liberdade de ação e o grau de autonomia que a ciência tinha na antiga Roma” (315), o que merece a devida reflexão.

Dando como sinônimos *direito científico* e *direito dos jurisconsultos* (316), diz que êstes, os jurisconsultos, “exercem sôbre o direito uma dupla ação: uma criadora e direita, pois, reunindo em si tôda a atividade intelectual da nação, desenvolvem o direito como representantes desta nação; a outra, puramente científica, pois se apoderam do direito, qualquer que seja sua origem, para recompô-lo e traduzi-lo em sua forma lógica”.

314 — 23, 5, 4.

315 — Savigny, ob. cit., 1, pág. 236.

316 — Ob. cit., vol. I, pág. 89.

Tem-se negado ao direito romano a existência de uma teoria sobre a interpretação, “sendo-lhe perfeitamente alheias (318) as expressões — *interpretação gramatical* — e — *interpretação lógica* — apenas mencionada a *interpretação dura* — como representativa da estrita observância dos textos — *strictum jus* e a *aequitas* como temperamento ao rigor do *jus scriptum*.

Entretanto, a jurisprudência romana deixou-nos fragmentos da mais alta importância instrutiva, o que não é de admirar, mesmo diante de advertências como a de Juliano, ensinando que “nem as leis, nem os senatus-consultos, podem escrever-se de modo que se compreendam todos os casos que ocorram de vez em quando, mas basta que se contenha aquilo que ordinariamente acontece (319):

Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit et ea, quae plerumque accidunt, contineri”.

Não é sem razão que o mesmo jurisconsulto ainda ensina com autoridade “não se poderem compreender nas leis e nos senatus-consultos determinadamente todos os casos; mas quando em alguns casos está manifesto o seu sentido, deve o que exerce jurisdição proceder por analogia, e dêste modo proferir sentença:

Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendere; sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet”. (320)

318 — Tratado, III, pág. 235.

319 — Dig., 1, 3, 10, Juliano.

320 — Dig., 1, 3, 12, Juliano.

O processo de interpretação dos juristas romanos, portanto, compreende a chamada interpretação por analogia, ante a impossibilidade de o ordenamento jurídico poder prever todos os casos, e daí sua larga aplicação.

A sábia percuciência de Eduardo Cuq (321) chama-nos a atenção para a simples *extensão da lei*, numa analogia mais aparente que real, e que “n’était inconnue aux jurisconsultes du VII siècle, mais l’analogie qu’ils invoquent repose plutôt sur une ressemblance extérieure”, com exemplos.

Adverte-nos o autor que “les textes la caractérisent par le mot *quasi*: *quasi usufruit*, *quasi mutuum*, *quasi démence* (322), ao passo que “dès la fin de la République, l’interprétation fondée sur un raisonnement d’analogie apparaît dans les réponses de Trebatius, d’Ofilius, de Labéon: “Ainda que neste interdicto se compreenda a reparação de uma cloaca, não também a construção de uma nova, diz, entretanto, Labeão, que se há de interpor igualmente o interdicto, para que não se faça violência àquele que constrói a cloaca, porque a utilidade é a mesma. O Pretor, com efeito, propôs, assim, o interdicto para que não se fizesse violência, de sorte que não fôsse lícito fazer cloaca em lugar público; e isto pareceu bem a Ofílio e a Trebácio. Este mesmo manifesta que se há de dizer que por este interdicto se deve permitir limpar e restaurar uma cloaca feita, mas que fazer uma nova deve conceder-se somente a quem couber o cuidado das vias públicas.”

Como exemplo da interpretação por analogia de que os romanos “ont fait une large place”, insiste Cuq (323-A), citando a Tertuliano: “Destarte, como é uso que se interpretem as leis mais antigas pelas posteriores, convém também que se acredite sempre estar como contido nas leis isto, que se estendam ademais àquelas pessoas e coisas que em qualquer tempo forem semelhantes.”

Anotando, como exemplo, o edito dos edis a respeito dos vícios redibitórios, que se tornou extensivo a toda e qualquer

321 — Ob. cit., pág. 42.

322 — Ob. cit., nota 3.

323-A — Ob. cit., ib.

espécie de venda “et même au louage”, diz Cuq (325) que para bem marcar esta extensão fundada numa razão de analogia, os juristas empregaram por vêzes expressões como *ad exemplum, instar, per consequentias*.

Expressivos exemplos encontram-se no Digesto, como êste de Modestino: “Mas a acusação dêste delito (infâmia) não deve ser admitida pelos juizes ocasionalmente por veneração ao Príncipe, mas pela verdade; porque se deve observar se a pessoa pôde cometê-lo, e se antes fêz alguma coisa, e se pensou, e se estêve em seu cabal juízo; e nem deve ser fâcilmente submetida a pena uma ligeireza de língua; visto como ainda que sejam dignos de pena os temerários, deve-se perdoá-los, não obstante, como a loucos, se o delito não fôr tal que, ou esteja definido no texto da lei ou deva ser castigado por analogia da lei.” (326)

Também de Papiniano (326-A): “Contra aquêle que nomeou procurador para receber dinheiro em mútuo, dar-se-á ação útil à semelhança da institória:

In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio...”

O prof. Matos Peixoto consigna os termos *interpretação extensiva* e *aplicação analógica*, e, citando (327) Geny, Carlos Maximiliano, Coviello e Paulo de Lacerda, explica que “o processo analógico funda-se no princípio de justiça, que manda dispensar tratamento igual aos casos fundamental e intrinsecamente semelhantes”, e “como não é um diagnóstico do sentido da lei, cai mais no domínio da aplicação que da interpretação dela. A aplicação analógica destina-se a suprir as lacunas da lei, pois esta dispõe apenas sôbre o que ordinariamente acontece (*quod plerumque accidit*) e não pode prever todos os ca-

325 — Ob. cit., pág. 42, nota 7.

326 — Dig., 48, 7, 3, Modestino.

326-A — Dig., 14, 3, 19, pr. Papiniano.

327 — Ob. cit., pág. 200.

sos que aparecem na prática; ora, como os casos não previstos não podem ficar sem solução, cumpre das regras aplicáveis nessa conjuntura e a primeira delas é o recurso à analogia. Se não existe disposição analógica que possa ser aplicada (*analogia legis*), recorre-se então aos princípios gerais do direito (*analogia juris*)”.

Relativamente à interpretação literal, ensina Cuq (328) que os clássicos ampliaram extraordinariamente sua função, “estabelecendo em princípio a conveniência de perquirir o verdadeiro pensamento do legislador, quando pareça inexatamente expresso e de fazer prevalecer o espírito sobre a letra da lei”.

Cuq alude aos dois processos indicados por Cícero e pelos retores do fim da República. “Le premier”, diz o autor, “consiste en s’aider de l’étymologie, de l’acception primitive ou usuelle du mot qui donne lieu à la difficulté, des règles de la syntaxe: c’est ce qu’on appelle l’interprétation grammaticale.” (328-A)

“Quando nas palavras não existe nenhuma ambigüidade”, adverte Paulo que “não se deve admitir questão sobre a vontade:

Quun in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis Quaestio (329)”;

“porque”, diz Celso, “devem as leis interpretar-se no sentido mais benigno...:

Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur (330).”

Relativamente à influência de Cícero e dos retores, Cuq remete para o Digesto, 1, 3, 30, lembrando que Q. Múcio e Papiniano compuseram livros de definições, e Juliano, um tratado de *ambiguitatibus* e que tal “influência se manifesta pelo

328 — Ob. cit., pág. 43.

328-A — Ob. cit., ib.

329 — Dig., 32, 25, 1, Paulo.

330 — Dig., 1, 3, 18, Celso.

emprêgo de termos familiares aos retores e pela importância que os jurisconsultos atribuem às definições, à solução de casos ambíguos, à distinção entre a palavra e a intenção: *rhetón kai diánóia*" (331).

"Nenhuma razão de direito", diz Modestino, "nem a benignidade da equidade permite que as coisas que se introduzem saudavelmente pela utilidade dos homens, levemo-las à severidade com uma interpretação mais dura contra o bem-estar dos mesmos." (332)

Quanto ao recurso às etimologias, na esfera da interpretação gramatical, escreveu Riccobono, citando Ceci, que "come già i Greci, così i giureconsulti romani nella ricerca dell'origine delle parole non attendone a leggi morfologiche e fonetiche, ma al significato del vocabolo, riuscendo così ad imbastire una definizione *rei ac nominis*".

Riccobono cita entre outros exemplos (334) a Paulo, com a etimologia de mútuo: *quod de meo tuum fit*.

Na verdade, ensinou o jurisconsulto que "se chama dação de mútuo, porque de meu, se faz teu; e, portanto, se não fizer teu não nasce obrigação:

Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio (335)".

Tem, portanto, razão Riccobono, quando escreve (336) que "com l'etimologia, supracitata del mutum, i giuristi pongono in rilievo l'elemento principe del contratto, la cui esistenza presuppone si sia realizzato il trasferimento della proprietà delle cose fungibili dalla persona del mutuante al mutuário".

331 — Ob. cit., ib.

332 — Dig., 1, 3, 25, Ulpiano.

334 — Ob. cit., pág. 87.

335 — Dig., 12, 1, 2, 2, Paulo.

336 — Ob. cit., ib.