

Princípios gerais de direito *

GIORGIO DEL VECCHIO

Professor de Universidade de Roma

SUMÁRIO: I. Os princípios gerais do direito no sistema vigente e as modernas tendências interpretativas. — II. A “generalização crescente” e a analogia; limites do processo analógico. — III. O geral e o particular no direito. — IV. A racionalidade do direito positivo e o valor atual da doutrina jusnaturalística. — V. Princípios fundamentais desta doutrina em relação ao direito vigente. — VI. A exclusiva autoridade da lei e a tutela da liberdade. — VII. De algumas outras extrinsecções do direito essencial da pessoa. — VIII. A liberdade de se obrigar. — IX. Epílogo. A exigência do direito natural e os princípios gerais do direito. Modos e limites de sua eficácia na ordem positiva. — X. Apontamento sobre as obrigações naturais. — XI. Conclusão.

I. — Nenhum argumento consegue mostrar, com tanta eficácia, a natureza eminentemente prática do direito, bem como sua plena e perfeita aderência à vida, como êste: que não há interferência entre homens, nem possível controvérsia, por complicada e imprevista que seja, que não admita e exija uma solução jurídica certa. As dúvidas e incertezas poderão permanecer por

* Tradução portuguesa de Antônio Pinto de Carvalho, que, em nota prévia, afirma que êste ensaio constitui a preleção lida pelo autor, em 13 de dezembro de 1920, na aula inaugural do seu curso de filosofia do direito na Universidade de Roma, e foi publicado, pela primeira vez, no “Archivio Giuridico”, Vol. LXXXV (1921), Fasc. I. Salvo pequenos acréscimos e algumas referências à legislação ulterior (especialmente ao

muito tempo no campo da teoria: todos os ramos do saber, e a própria Jurisprudência como ciência teórica, oferecem exemplos de questões debatidas durante séculos, e que todavia até hoje não receberam solução, nem possivelmente virão a recebê-la. Mas à pergunta: *Qui iuris?* — Quais os confins do meu direito e do direito de outrem? — deve, em qualquer caso concreto, poder ser dada uma resposta, não por certo infalível, mas praticamente definitiva.¹

Código Civil de 1942), o ensaio conservou seu caráter originário, e por isso deve ser tomado em consideração o tempo em que foi escrito. Não obstante os argumentos e problemas nêle discutidos, conservam interesse vivo e atual, visto se referirem aos fundamentos da ciência jurídica e da atividade judiciária. Isto explica o motivo por que êste ensaio tem continuado a atrair a atenção dos estudiosos, até de países onde vigora um sistema jurídico bem diferente do italiano.

Por esta razão, pareceu oportuno ao tradutor reimprimi-lo em separado, embora esteja incluído no Vol. I dos *Studi sul diritto* do autor (publicados pela Faculdade de Direito de Roma). Recentemente saiu uma tradução inglesa na América do Norte: *General Principles of Law*, translated by Felix Forte, Introduction by Roscoe Pound, Boston University Press, 1956.

As referências à legislação italiana dizem respeito naturalmente ao tempo em que êste trabalho foi escrito e publicado pela primeira vez. Na presente edição indicaram-se (entre parêntesis quadrados) as principais mudanças introduzidas pela legislação posterior. Fizeram-se também alguns pequenos acréscimos; mas não se julgou necessário mencionar os inúmeros escritos vindos a lume depois do presente ensaio, alguns dos quais provocados por êle.

1. Isto não acontece por "megalomania jurídica" ("juristischer Grössenwahn"), consoante opinou KANTOROWICZ (GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, p. 17), mas pela necessidade prática que tem cada um de *coordenar em certo modo* o próprio comportamento com o comportamento dos outros. Nisto consiste essencialmente o direito; e um direito que, resolvendo embora alguns casos da vida, se mostrasse incapaz de resolver os outros, *ipso facto* por si mesmo se anularia, pois que não atenderia à sua função, que é justamente a de constituir uma ordem entre os seres conviventes (*hominis ad hominem proportio*). Só neste sentido *prático* o jurista é obrigado sempre a chegar a uma conclusão, a respeito das questões que lhe são propostas: *deve* ser encontrado um limite entre o lícito e o ilícito, entre o exigível e o não exigível, sem o que tal limite será de qualquer maneira assinalado no fato, *rebus ipsis dictantibus et humanis necessitatibus*; e o jurista

Com esta exigência da razão prática conformou-se nossa vigente ordenação jurídica, a qual, como é sabido, proíbe que o magistrado se abstenha de julgar “por qualquer pretexto, mesmo dispondo, para o caso de transgressão, sanções civis e penais ade- de silêncio, obscuridade, contradição ou insuficiência da lei”, dispondo, para o caso de transgressão, sanções civis e penais adequadas (Cod. Proc. Civ., art. 783, n. 2; Cod. Pen., art. 178; [cf., no novo Cod. Proc. Civ., art. 55; no novo Cod. Pen., art. 328]). Sendo manifestamente impossível à mente humana prever e regular com normas acomodadas todos os inumeráveis casos futuros — “multa enim nova producit natura”,² — o próprio legislador se encarregou de indicar as fontes, a que o juiz deve recorrer, sempre que não haja possibilidade de decidir uma controvérsia mediante uma precisa determinação da lei: em

deverá acabar por reconhecê-lo. — Se o biólogo, o filólogo, o historiador confessam não saber resolver todos os problemas que são da alçada das respectivas ciências, isso não significa que eles sejam mais modestos do que qualquer jurista (como KANTOROWICZ insinua, 1. cit.); quer apenas dizer que os limites e dúvidas do saber teórico não suspendem o curso da vida. Quando, como na Jurisprudência, se trata de regular efetivamente as ações humanas, a ciência funde-se, de certa maneira, com a marcha, necessariamente contínua, destas ações, nem pode deixar de acompanhá-las com seus juízos, os quais, entanto, só têm valor *prático*. Isto é tão exato, que no campo teórico também a Jurisprudência tem suas questões não solucionadas, seus problemas seculares, e, além disso, não resta dúvida que se pode doutrinalmente discutir *ad infinitum* acerca das *res iudicatae*; contudo, toda nova controvérsia, embora envolva pontos cientificamente pouco esclarecidos, não pode deixar de dar lugar a uma certa sentença, praticamente definitiva.

2. Dig. Prooem., § 18. — “Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quando que inciderint, comprehendantur” (fr. 10 D. I, 3). — “Legislator non potest omnes singulares casus intueri... Nullius hominis sapientia tanta est ut possit omnes singulares casus excogitare; et ideo non potest sufficienter per verba sua exprimere ea quae conveniunt ad finem intentum” (S. TOMÁS, *Summa Theol.*, 1^a 2^{ae}, quaest. XCVI, art. VI). — “Angustia prudentiae humanae casus omnes, quos tempus reperit, non potest capere. Non raro itaque se ostendunt casus omissi et novi” (BACON, *De dignitate et augmentis scientiarum*, L. VIII, *De iustitia universali sive de fontibus iuris*, Aphor. 10).

primeiro lugar, a analogia; em seguida, se esta não puder ser utilizada, os princípios gerais de direito.³

Os intérpretes hodiernos, quase sem excepção, são concordes em declarar que por "princípios gerais de direito" não se devem entender os princípios do direito natural.⁴ Considera-se comumente como motivo de honra da moderna Jurisprudência o haver superado a antiga escola do direito natural, para dar lugar a uma visão exclusivamente histórica ou positiva do fenómeno jurídico, de acôrdo com os ensinamentos fundamentais da his-

3. "Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali di diritto" (*Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*, art. 3 cap.). Estas Disposições, embora conexas, também quanto à origem, com o Código Civil, ao qual são antepostas, não se referem só a êle, nem só ao direito privado, mas a tôdas as leis em geral. — [Note-se que a nova legislação (*Disposizioni sulla legge in generale*, antepostas ao Código Civil de 1942, art. 12) modificou o dito artigo, substituindo a fórmula: "i principi generali di diritto" pela fórmula: "i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato"; o que certamente não representa um progresso].

4. Outras interpretações, segundo as quais por "princípios gerais de direito" se deveria entender o direito romano, ou o direito comum, têm sido já muitas vezes refutadas com argumentos, que podem ser tidos como definitivos. Isto não impede que ao direito romano seja reconhecido com razão um certo valor (não por sua autoridade formal, mas por seu conteúdo intrínseco) na determinação destes princípios. — Cf., acêrca das questões apontadas: PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Vol. I (4ª ed., Florença, 1903), pp. XLII e ss., 81 e s.; BORSARI, *Comentario al Codice civile italiano*, Vol. I (Turim, 1871), pp. 74 e ss.; SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* (Camerino, 1880), p. 24; SAREDO, *Trattato delle leggi* (Florença, 1886), pp. 426 e ss.; FIORE, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, applicazione ed interpretazione delle leggi*, (Nápoles, 1886-1887), P. II, pp. 572 e ss.; F. S. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi* (Turim, 1888), pp. 10 e ss., 979 e ss.; FILOMUSSI GUELFU, *Enciclopedia giuridica* (7ª ed., Nápoles, 1917), pp. 150 e s.; DEL GIUDICE, *Enciclopedia giuridica* (2ª ed., Milão, 1896), pp. 31 e ss.; FADDA e BENZA, *Note al Diritto delle Pandette* de Windscheid, Vol. I, P. I (Turim, 1902), pp. 124 e ss.; BENZA, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano* (Turim, 1897), pp. 49 e ss.; LANDUCCI *Trattato di diritto civile italiano*

torische Rechtsschule alemã, depurados ainda, no transcurso do tempo, de todo elemento romântico e metafísico. Como se sabe, é certo que o primeiro intento desta escola fôra precisamente opor-se à idéia da codificação, de sorte que, ao menos sob êste aspecto, seu apregoado triunfo se assemelha a uma vitória de PIRRO. Não menos certo é que os novos códigos acolheram e se apropriaram, em grande parte, dos princípios do individualismo racional, no qual culminara a especulação jusnaturalística da idade precedente; de tal maneira que, não sem razão, GIERKE, um dos mestres das disciplinas históricas, notava o singular fenômeno das "vitórias materiais" ("materielle Siege"), que o direito natural, após sua queda formal, obtivera por mercê da escola adversária.⁵ Isto não obstante, a repulsa do direito natural é reputada ainda hoje comumente como indispensável ato de fé, e quase como dever de boa educação, por parte do jurista; disso temos uma prova na apressada coragem com que, interpretando a fórmula acima mencionada, é hábito começar por excluir que ela contenha qualquer alusão àquele direito, como se se tratasse de afastar para longe um suspeito infamante.

(anexo à versão do *Corso di diritto civile francese* de Aubry e Rau, Vol. I, Turim, 1900), pp. 692 e ss.; CHIRONI e ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. I (Turim, 1904), pp. 51 e s.; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Vol. I (2ª ed., Turim, 1912), pp. 24 e s.; GABBA, *Introduzione al diritto civile internazionale italiano* (em *Atti della R. Accad. dei Lincei*, 16 de abril de 1905, Roma, 1906), pp. 20 e ss.; BRUNETTI, *Il delitto civile* (Florença, 1906), pp. 109 e ss.; SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano* (2ª ed., Roma, 1917), pp. 84 e ss.; BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano* (3ª ed., Milão, 1914), pp. 47 e s.; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano, Parte generale* (2ª ed., Milão, 1915), pp. 86 e s.; DE RUGGIERO, *Introduzione alle scienze giuridiche e istituzioni di diritto civile* (Nápoles, 1913), pp. 119 e s., 186 e s.; BARASSI, *Istituzioni di diritto civile* (Milão, 1914), pp. 39 e s.; BRUGI, *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore* (na rev.: *Il Diritto Commerciale*, S. II, Vol. VIII, Turim, 1916, P. I, pp. 262 e ss.); PACCHIONI, *Elementi di diritto civile* (Turim, 1916), pp. 49, 51 e s.; GROPPALI, *I principi generali del diritto e l'interpretazione della legge* (em *Rendiconti del R. Istituto Lombardo*, Milão, 1918); STOLFI, *Diritto civile*, Vol. I (Turim, 1919), pp. 612 e ss.; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. I (Roma, 1921), pp. 228 e ss.

5. GIERKE, *Naturrecht und Deutsches Recht* (Frankfurt, 1883), p. 24.

Não parece, todavia, fora de propósito convidar à ponderação, quer perante o sentido muito lato das palavras "princípios gerais de direito", quer também tendo em conta os trabalhos preparatórios do Código Italiano e do Código Albertino, do qual, como se sabe, derivou aquela fórmula. Onde o Código Civil Austríaco apelava expressamente para os "os princípios do direito natural",⁶ o Código Civil Albertino referia-se aos "princípios gerais de direito";⁷ mas o argumento *a contrario*, que parece poder derivar-se de tal diferença, é desmentido, não só pela ausência de real contradição entre as duas fórmulas, como também pelo fato de nenhuma negação do direito natural ter sido alegada durante a discussão que levou à adopção da nova redação. O projeto do Código Albertino tinha adotado os mesmos termos já usados pelo Código Austríaco, declarando que os casos duvidosos deveriam ser dirimidos *segundo os princípios do direito natural*; e, embora tal fórmula na elaboração do projeto suscitasse objeções, oriundas de várias partes, convém notar que essas objeções não provinham de qualquer aversão substancial ao conceito, mas tendiam só a obviar ao perigo de uma interpretação demasiado incerta do mesmo conceito. Quase tôdas as demais fórmulas então propostas ("princípios de razão", "princípios da equidade", "princípios de equidade natural", "princípios de razão natural", etc.) apresentavam a mesma amplitude, digamos até o mesmo caráter jusnaturalístico, daquela que pretendiam substituir,⁸ a ponto de ter sido fácil à Comissão

6. "... Rimanendo nondimeno il caso dubbioso, dovrà decidersi *secondo i principi generali del diritto*, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate" (Cod. civile austriaco, § 7).

7. "... Rimanendo nondimentiono il caso dubbioso, dovrà decidersi *secondo i principi generali di diritto*, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso" (Cod. civile Albertino, art. 15).

8. Isto aparece evidente pelas declarações apresentadas pelos próprios proponentes. A Câmara das Contas, por exemplo, propunha substituir por *razão natural* a expressão *direito natural* "per sembrare che le prime accennassero con maggiore precisione quanto gli autori del progetto avevano avuto in mira, cioè quel fonte di regole, che hanno la loro

rejeitá-las e manter a primeira.⁹ A explicação dada posteriormente pelo Ministro da Justiça, a saber, que apelando para os *princípios do direito natural* se tinha em vista designar “o *complexo das máximas de sã moral admitidas por todos*”, embora contivesse uma evidente impropriedade de linguagem, enquanto transferia, sem mais, a moral para o âmbito do direito, todavia demonstrava, uma vez mais, a intenção, não certamente positivista, que, neste particular, animava os autores do Código. Nem a intenção pôde mudar, no derradeiro instante, ao ser acolhida, com o consentimento do mesmo Ministro, a proposta de usar antes as palavras “princípios gerais de direito”,¹⁰ palavras que

origine nella natura umana, ed a cui gli uomini debbono subordinare le loro azioni antecedentemente ad ogni legge positiva dagli uomini promulgata”. Entre as várias propostas do Senado do Piemonte houve também a de mencionar antes o *diritto comum*, mas isso — note-se — pelo motivo expresso de que éle “tutto è fondato sul diritto naturale e delle genti”! Aliás, o mesmo Senado propunha igualmente as palavras *principios de razão*, “la quale è immutabile e sempre sicura guida”. O Senado de Sabóia teria preferido a fórmula *principios da equidade*, só pelo temor de que o apêlo do direito natural “ne précise pas assez la source où les juges doivent puiser les lumières que la loi leur refuse”; pretendendo todavia com isso designar, não alguma coisa relativa a um sistema jurídico particular, mas “les véritables fondements du droit en général”. Cf. os *Motivi dei Codici per gli Stati Sardi*, Vol. I (Génova, 1853), pp. 28 e ss.

9. “Vaga ed incerta per la sua generalità” — observava a Comissão — “è certamente la parola *diritto naturale*, se si desume dalla definizione lasciatane da Giustiniano: *quod natura omnia animalia docuit*; ma non così se si considera per diritto naturale, come lo è in effetto, la ragione morale tra l'uomo e le cose; quindi i principii dell'etica sono quelli che costituiscono l'essenza del diritto della natura”. Cf. os *Motivi cit.*, p. 29.

10. Cf. os *Motivi cit.*, p. 30 — Também FADDA e BENZA, embora defendendo um conceito diferente, reconhecem que “i compilatori del Codice Albertino volevano porre il *diritto naturale* come fonte complementare: e, a veder loro, lo posero” (op. cit., p. 127). Que assim seja verdadeiramente, e não valha, portanto, o argumento *a contrario* comumente invocado (e apontado antes pelos mesmos autores, op. cit., p. 126), pode deduzir-se também da seguinte explicação de um dos mais autorizados intérpretes daquele Código: “*Principii generali di diritto* si chiamano quelle regole, che l'umana ragione deduce dalla natura delle cose e dalle reciproche loro relazioni. Or bene ogni diritto positivo, anche

depois transitaram, sem opposição nem discussões dignas de nota, para as Disposições que antecedem o Código ora em vigor.¹¹

Mesmo tendo em conta simplesmente o significado próprio das palavras, é difícil chegar à persuasão de que por "princípios gerais de direito" se deva entender, por exemplo, somente "princípios gerais de direito *italiano*, como recentemente foi proposto.¹² Afigura-se-me que uma limitação étnica, assim formulada, se aparta inteiramente tanto do espírito quanto da letra da própria lei: a qual, ao apelar em termos tão latos, para os princípios, não podia ter em mira um sistema de direito nacional, aliás nessa altura apenas em formação, senão que manifestamente se referia às verdades supremas do direito *in genere*, o mesmo é dizer, àqueles elementos lógicos e éticos do direito, que, por serem racionais e humanos, são virtualmente comuns aos diversos povos. Asseverar que os princípios *gerais* de direito são válidos unicamente *para um povo determinado*, ou seja, que existem tantas séries de princípios gerais quantos são os sistemas particulares, se não é uma *contradictio inadiecto*, não corresponde por certo à crença numa *ratio iuris* de caráter universal, a qual, desde os Romanos até nós, embora se proclame o contrário, é patrimônio comum de nossa consciência jurídica, e sem dúvida inspirou igualmente os autores do Código Italiano.¹³

senza un' espessa dichiarazione del legislatore, trova il vero suo complemento nel diritto naturale, che riunisce in grado sommo il doppio carattere di unità e di universalità" (PREGERUTTI, *Elementi di diritto civile patrio*, 2ª ed., Turim, 1861, Vol. I, p. 65).

11. Cf. a Ata N. 52 da Comissão de Coordenação (na ed. de Gianzana, do Cod. Civ., Vol. III, pp. 477 e ss.). — Cf., acerca das mencionadas vicissitudes legislativas, SAREDO, *Trattato delle leggi*, cit., pp. 376 e ss.; F. S. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi*, cit., pp. 979 e ss.; FIORE, *Delle disposizioni generali* etc., 1. cit.

12. FADDA e BENZA, op. cit., p. 128.

13. Não se compreende por que motivo deveríamos rejeitar a verdade simples, que precisamente em nosso tempo tem sido muitíssimo confirmada e esclarecida sob todos os aspectos, depois de ter sido intuída desde ARISTÓTELES e asseverada pelos juristas romanos: "Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur", etc. (fr. 9 D. I, 1; § 1 Inst. I, 2).

II. — Segundo a doutrina predominante, o método para investigar os princípios gerais de direito consistiria em partir das disposições singulares da lei e remontar, por via de abstração, a determinações mais compreensivas, avançando nesta “crescente generalização” até chegar a compreender na esfera do direito positivo o caso duvidoso.¹⁴ Este método pode parecer acaso sugerido pelo próprio legislador, pelo fato de este convidar, antes de mais nada, a procurar saber se, em relação a dada controvérsia, existe determinada disposição da lei; em seguida, na hipótese negativa, ordena que sejam tomadas em consideração

Portanto o povo italiano teria um direito só *próprio*? E esta carência de elementos jurídicos universais não constituiria uma singular inferioridade, tanto mais inverossímil num povo, quanto este é precisamente o herdeiro da sabedoria romana?

14. Cf., p. ex.: PACIFICI MAZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., Vol. I, pp. XLVI e s., XLIX e s., 81 e s. (e VENZI, em *Note aggiunte ib.*, p. 90); SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 24: “Conviene partire dalle disposizioni delle leggi ed astraendo risalire da concetto a concetto sempre più generalizzando, dal generale tornando a discendere al particolare, si giudicherà per dirla con ARISTÓTELE (*Eth. Nic. V, 10*) como lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse presente e como avrebbe prescritto se lo avesse preveduto”; SIOMNCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, cit., p. 84: “La regola del caso simile, quella della materia analoga ed il principio generale di diritto sono i varii gradi di astrazione, a cui ci dobbiamo elevare, generalizzando, per comprendere nelle esfera del diritto positivo il caso dubbio. In questa operazione l'interprete deve muovere da un punto fermo in un elemento di diritto positivo”; FADDA e BENZA, op. e l. cit.; ASCOLI e CAMMEQ, *Note a Crome, Parte generale del diritto francese moderno* (Milão, 1906), p. 41; etc. — A propósito do apêlo a ARISTÓTELES, que aparece em vários autores, apraz notar que ARISTÓTELES não diz que o juiz deva argumentar, partindo das disposições das leis para remontar a princípios mais gerais; ao invés, êle considera antes o caso inverso, a saber aquêle em que a lei aparece ao juiz como sendo demasiado genérica, relativamente a um determinado caso. Sugere êle então o critério da equidade como um *corretivo* do justo legal, e tal que possa servir para modificá-la para melhor (*Eth. Nicom.*, V, 10 (14), 1137 b; cf. também o passo seguinte. Portanto, o conceito aristotélico atribui ao juiz, por meio da equidade, um poder criativo, ou modificador da lei, diferente do que lhe é atribuído nos sistemas modernos, inspirados no princípio da divisão dos poderes; contudo não parece que possa oferecer um argumento em apoio da tese indicada.

as disposições que regulam casos semelhantes ou matérias análogas; e somente no fim, ou seja, quando se não verifique esta segunda hipótese, o remete aos princípios gerais de direito. Contudo é fácil reconhecer que o legislador com isso não pretendeu, na realidade, ensinar como e donde devem ser tomados os princípios gerais de direito, mas tão-somente definir a ordem de aplicação dos mesmos, isto é, as condições de êles entrarem em vigor. Em caso algum pode o juiz ser autorizado a infringir as normas precisas da lei: fixar isto, como fêz o legislador, significa simplesmente reforçar o conceito fundamental de nossas ordenações jurídicas, mercê das quais a função judiciária é subordinada à legislativa. O perigo da chamada "*équitas cerebrina*",¹⁵ isto é, do arbítrio do juiz enquanto se exerce até com prejuízo da lei, foi eliminado desde o albor do moderno Estado de direito; e se alguma doutrina hodierna, sob o especioso pretexto da "liberdade" do juiz ou da Jurisprudência, propende para restabelecer êsse arbítrio, tal doutrina, substancialmente regressiva e, não obstante o nome, iliberal, merece ser rejeitada como contrária não só à citada norma de lei, mas a tôdas as bases racionais do sistema vigente.¹⁶

15. "Nihil periculosius dici potest et perniciosius, quam si iudici cuilibet liceat aequitatem pro arbitrio sibi fingere, et legibus illudere praetextu huius aequitatis, quam ideo non male *cerebrinam* quidam vocarunt" A. FABER, *Jurisprudentiae Papinianae scientia*, Tit. I, Princ. II, Illatio II; cf. *ib.*, Illatio VII (ed. Lugduni, 1568, pp. 4 e 6).

16. Cf., acêrca da "escola do direito livre": L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge* (S. Maria C. V., 1908); DEGNI, *L'interpretazione della legge* (2ª ed., Nápoles, 1909), §§ 78-86, 89-96; D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (Milão, 1910); F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice* (separata da *Riv. di dir. civile*, Milão, 1911); *ID.*, *Trattato di diritto civile italiano*, cit. Vol. I, pp. 232 e ss.; GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (2ª ed., Paris, 1919), T. II, p. 330 e ss. Cf. também CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* (3ª ed., Nápoles, 1913), pp. 75 e ss.; *ID.*, *Nuovi saggi di diritto processuale civile* (Nápoles, 1912), pp. 7 e s. — Uma crítica antecipada desta escola foi feita por aquêles escritores que, nos séculos precedentes, invocaram a certeza das leis contra os arbítrios dos juizes. Assim, por exemplo, observava BACON "Decernendi contra Statutum expressum, sub ullo aequitatis

Outra coisa é a analogia, a qual o próprio legislador introduziu como meio eficaz de integração das normas de lei, abrindo exceção apenas para algumas matérias (art. 4 Disposições preliminares [cf. art. 13 e 14 das Disposições antepostas ao novo Código Civil). Mercê da analogia, a aplicabilidade da lei estende-se para além do número dos casos originariamente previstos, com a condição de se tratar de casos semelhantes ou afins a êstes, e de a *ratio legis* valer igualmente para uns como para uns como para outros. Só uma concepção excessivamente rígida e estreita do direito (da qual encontramos exemplo em certos sistemas jurídicos primitivos, mas que depressa foram sendo corrigidos pelo desenvolvimento histórico dos mesmos)¹⁷ poderia impedir de reconhecer a "fôrça de expansão lógica", insita na lei, uma vez que esta é também pensamento, e o pensamento é dialético por sua natureza. Contudo, a extensão analógica encontra seu limite racional naquilo que lhe serve de fundamento, ou seja, no significado e no espírito próprio das normas por que se rege: deve portanto deter-se aí, pois que, se avançasse mais além, daria lugar à criação de uma norma substancialmente nova e diversa.

Importa ter presente que o argumento analógico não pode estender-se indefinidamente, visto que, por sua natureza, está ligado aos têrmos, de que procede e entre os quais se desenvolve: isto é, a afinidade de fato e a identidade de razão. Remover *ad libitum* êstes têrmos, afrouxar o vínculo que os une,

praetextu, curlis praetoriis ius ne esto. Hoc enim si fieret, iudex prorsus transiret in legislatorem, atque omnia ex arbitrio penderent" (*De dignitate et augmentis scientiarum*, L. VIII, *De iustitia universali sive de fontibus iuris*, Aphor. 44). Cf. as observações análogas de L. A. MURATORI, *Dei difetti della Giurisprudenza*, Cap. XX (Veneza, 1742, 2ª ed. 1743, pp. 229 e ss.), e de MONTESQUIEU: "S'ils [les jugements] étoient une opinion particulière du juge, on vivroit dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte" (*Esprit des lois*, L. XI, Ch. VI). Cf. também P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi* (1766; em *Scritti vari*, Vol. II, Florença, pp. 162 e ss.).

17. Pense-se, por exemplo, no sistema romano do período das XII Tábuas, e nas sucessivas transformações do mesmo, especialmente por obra do pretor.

a fim de poder inserir qualquer caso, como se nêles estivesse pròpriamente compreendido, não é lícito nem em relação à lógica, nem em relação ao direito: especialmente, dada a norma de lei que, marcando à analogia a missão que lhe cabe, considera expressamente a hipótese de "o caso permanecer todavia duvidoso", isto é a hipótese de não bastar a analogia para resolvê-lo. Em vão se tem procurado tornear a dificuldade, distinguindo entre *analogia legis* e *analogia iuris*, e entendendo esta em sentido muito mais amplo.¹⁸ Já segundo a comum doutrina dos lógicos, que remonta a Aristóteles, a analogia se distingue pròpriamente da indução, pelo fato de não ir do particular ao

18. A distinção entre *analogia legis* e *analogia iuris*, de origem inteiramente moderna (cf. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Vol. I, Leipzig, 1885, pp. 216 e s.), e não muito feliz também na forma (visto como *lex* e *ius* não são termos antitéticos), é assim explicada por UNGER: "L'analogia consiste nel dipartirsi da un elemento già sussistente, che viene ampliato ed esteso a un caso non contemplato. Questo elemento può essere una singola legge (*analogia di legge*), oppure i principi di tutto il diritto positivo (*analogia di diritto*)" (UNGER, *Sistema del diritto privato generale austriaco*, Vol. I, § 10; ed. ital., Zara, 1877, p. 54; cf. a 5ª ed. alemã, Leipzig, 1892, pp. 60 e s.). Esta doutrina é seguida por GIANTURCO (*Sistema di diritto civile italiano*, Vol. I, 3ª ed., Nápoles, 1910, p. 122), por SIMONCELLI (*Istituzioni di diritto privato italiano*, cit., p. 84), etc. Mas não é entendida sempre da mesma maneira. Por vèzes, faz-se corresponder a distinção entre as duas formas de analogia à distinção entre "casos semelhantes" e "matérias análogas", de que se fala no art. 3 das Dispos. prelim.; outras vèzes, admite-se que ambas estas espécies entram igualmente no conceito de "*analogia legis*" ou verdadeira e pròpria analogia, e se indica então a "*analogia iuris*" como sendo o meio para descobrir os princípios gerais de direito, ou ainda como sendo a argumentação a partir destes princípios. PACIFICI MAZZONI fala neste sentido de "*analogia geral*" em oposição a "*analogia especial*" (*Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., Vol. I, p. XLIX: "L'interpretazione per analogia generale, cioè per argomento dai principi generali di legge, ricerca il pensiero legislativo non espresso nè incluso in veruna disposizione precisa di legge, sibbene compreso in essi principi generali"). Mas isto representa um autêntico abuso do conceito de analogia. Contudo pelo abuso não deve ser responsabilizado o legislador; nem certamente é exata a afirmação (p. ex., de GIANTURGO, op. cit., p. 122, n. 2) de que "l'art. 3 delle Disposizioni preliminari distingue l'*analogia di legge* da *analogia di diritto*".

geral, mas *do particular ao particular coordenado*.¹⁹ Por conseguinte, em rigor, não se pode construir uma verdade geral por meio da analogia.²⁰ Por seu turno, o legislador declara que, onde não haja lugar para a analogia, deverão aplicar-se os princípios gerais de direito, mas não diz que estes devam ser encontrados mediante um processo analógico; antes, diz implicitamente o contrário.

Certamente que, na aplicação de uma dada norma a casos diferentes daqueles que nela estão imediatamente compreendidos, se reconhece que a razão ínsita na norma vale para uma esfera mais ampla do que a que originariamente lhe foi assinada. Mas a extensão, que por esta forma se obtém, é sempre limitada e particular, ou seja, relativa àquela certa ordem de relações, que corresponde à razão da norma em questão. Nem a coisa muda se, ao invés de uma norma, se considerar uma série de normas, dentro dos mesmos limites.²¹

19. Cf., também para a invocação das teorias aristotélicas, UEBERWEG, *System der Logik und Geschichte der logischen Lehren* (5ª ed., Bonn, 1882), § 131; MASCI, *Elementi di Filosofia*, Vol. I, *Logica* (2ª ed., Nápoles, 1910), pp. 332 e ss.

20. Observamos que a conhecida definição isidoriana da analogia se mantém corretamente nos termos acima indicados, e não alude a nenhuma generalidade: "*Analogia graece, latine similitum comparatio sive proportio nominatur. Cuius haec vis est, ut quod dubium est ad aliquod simile, quod non est dubium, referatur, ut incerta certis probentur*" (ISIDORUS, *Etymologiae*, L. I, 28). Relembramos outrossim que, onde hoje se fala de "generalização analógica" ou também de "analogia geral" (cf. *supra*, n. 18), os juristas romanos usavam as frases: "producere ad consequentias", "in argumentum trahere", "procedere ad similia", etc. (cf. FERRINI, *Pandette*, 3ª ed., Milão, 1908, p. 37); as quais expressões demonstram que eles possuíam um conceito mais exato da analogia, o qual por sua natureza tende só ao particular (a um novo ou ulterior particular). É verdade que os juristas romanos não tinham necessidade de violentar tal conceito, uma vez que reconheciam abertamente, fora dele, os princípios gerais como fundados no direito natural ou na "naturalis ratio".

21. Portanto, justamente LEIBNIZ, ao assinalar o pôsto devido à analogia, não a considerava como único meio para suprir o silêncio da lei, mas situava-a a par do direito natural: "Patet in iis casibus, de quibus lex se non declaravit, secundum ius naturae esse indicandum... Confugiendum tamen nonnunquam ad alias leges civiles similes, vel

Aliás, a própria experiência jurídica, e nomeadamente a prática judiciária, mostra que das normas singulares formuladas pelo legislador, por engenhosamente combinadas que sejam e muito embora se lhes atribua significado muito mais vasto que o literal, nem sempre pode ser extraída uma máxima capaz de resolver os novos casos que a vida em seu contínuo fluxo apresenta.²² Se, não obstante, a função do juiz é sempre possível à base da lei, isso acontece porque a própria lei deu aso, não só à interpretação analógica, como também aos princípios gerais de direito, dando a êstes, mediante fórmula tão largamente compreensiva, um reconhecimento distinto e uma verdadeira e peculiar sanção de ordem positiva.²³ Mas circunscrever tais

ex verbis, vel mente legislatoris... Cum igitur duo sint principia decidendi: Ius naturae et lex similis; et a materia una ad aliam valere argumentum, quoties siluit legislator, non aliunde constet, quam ex similitudine rationis, ratio autem legis pendeat ex Politicae illa parte, quae dicitur nomothetica; apparet Iurisconsulti in dicasterio sedentis duos oculos esse scientiam iuris naturalis, et scientiam nomotheticam" (*Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*, § 71; em *Opera*, ed. Dutens, T. IV, P. III, Genebra, 1768, p. 211 e s.).

22. São concordes em admitir isto também escritores que não pertencem certamente à escola do "direito livre". Cf. neste sentido CABBA, *Introduzione al diritto civile internazionale italiano*, cit., pp. 20 e ss.; DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 134, e os trabalhos aí indicados. A insuficiência da analogia é focalizada também por STAMMLER, em relação à sua teoria do "direito reto" (*Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlim, 1902, pp. 272 e s.), e, sob outro aspecto, por GÉNY, que observa não sem ironia: "L'extension par analogie paraît bien constituer le point extrême de l'audace, permise à l'interprétation proprement dite, dans un système qui prétend ne s'inspirer que des textes législatifs" (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., T. I, pp. 35-36; cf. pp. 304 e ss. e T. II, pp. 117 e ss.). Cf. também VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique* (Bruxelas, 1907). É digno de notar-se que UNGER, o qual primeiramente defendera ser a analogia perfeitamente suficiente para resolver todos os casos possíveis (*System* cit., p. 71 da ed. alemã), se afastou depois deste conceito no decurso desta mesma sua obra (p. 159), e expressamente o abandonou em trabalhos ulteriores. Cf. WURZEL, *Das juristische Denken* (2ª ed., Viena, 1924), p. 25; GIANTURCO, op. cit., p. 122 n.

23. Daqui a possibilidade de recorrer em cassação pela falha de aplicação judicial dos princípios gerais de direito, à base justamente do art. 3 das Dispos. prelimin. Esta possibilidade, de grande importância

princípios às mesmas normas particulares já formuladas, e querer que êles se deduzam exclusivamente destas, equivale a introduzir de nôvo o inconveniente, que o legislador pretendeu remover, e tirar aos princípios gerais sua virtude integradora peculiar.

III. — Atentando bem, o legislador impôs uma só exigência relativamente à relação que deve existir entre os princípios gerais e as normas particulares de direito, a saber, que entre estas e aquêles não haja desarmonia ou incongruência. Fica excluído *a priori* que de um princípio geral se possam tirar aplicações contrastantes com uma norma particular. Tal exigência baseia-se essencialmente na natureza do sistema jurídico, o qual deve formar uma estrutura única e homogênea, um verdadeiro organismo lógico, capaz de oferecer uma diretiva certa, não equívoca, e menos ainda contraditória, para tôda possível relação de convivência. A congruência intrínseca das várias partes componentes do sistema deve ser ensaiada e confirmada a todo momento confrontando as normas singulares entre si e com os princípios gerais a que se prendem; só por esta forma é dado ao jurista apreender o espírito íntimo do sistema, e segui-lo nas aplicações particulares, evitando os erros que facilmente derivariam da consideração abstrata desta ou daquela

teórica e prática, foi justamente afirmada por alguns escritores (p. ex., BIANCHI, *Principii generali sulle leggi*, cit., p. 19; FADDA e BENZA, Note a *Windscheid*, cit., Vol. I, P. I, p. 133; G. VENZI, s. v. *Cassazione*, em *Dizionario pratico del Diritto privato* dir. por V. SCIALOJA, Vol. I, p. 814; N. COVIELLO, *Manuale di Diritto civile italiano, Parte generale*, cit., p. 87; N. STOLFI, *Diritto civile*, Vol. I, cit., pp. 619 e s.), e admitida também nalgumas sentenças do Supremo Tribunal (cf. B. DATILO, em *Dizionario pratico del Diritto privato*, Vol. V, P. II, pp. 487 e s.). Contudo também foram expressas opiniões e proferidas sentenças em sentido contrário; resultado de não haver sido devidamente entendido o significado dos princípios gerais de direito. — Do fato de êstes princípios terem valor jurídico positivo deriva outra importante consequência: a saber, que a violação dêles (não menos que a das normas especiais) constitui uma *iniuria*, e portanto uma "culpa", de sorte que determina a obrigação da reparação do dano, conforme o art. 1151 do C. civ. [art. 2043 do nôvo C. civ.]. Mais abaixo veremos algumas aplicações disto.

norma.²⁴ O jurista, e nomeadamente o juiz, deve, na medida do possível, dominar e como que reviver todo o sistema e sentir a unidade espiritual desde as premissas longínquas e tácitas até às mínimas regulações, como se de tudo êle fôsse o autor, e nêle falasse a própria lei: neste sentido podemos fazer nosso o elevado ideal, em que se inspirava ARISTÓTELES, quando definia o juiz como sendo o *justo vivente* (δίκαιον ἐμψυχον).²⁵

Mas êste requisito formal — a homogeneidade do sistema, ou a ausência nêle de contradições entre o geral e o particular — não significa que o primeiro têrmo deva ser necessariamente alcançado a partir do segundo, e seja relativamente a êle um *consecutivum*. A conexão lógica, exigida pela natureza da ordenação jurídica, pode, abstratamente, afirmar-se tanto baixando das de-

24. A bela sentença de CELSO (fr. 24 D. I, 3): "Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere" é válida não só em seu sentido literal, como também entendendo por *lex* todo o ordenamento jurídico. Os juristas romanos deixaram-nos admirável exemplo de haverem respeitado esta exigência metodológica. Cf. SAVINY, *Vom Beruf unsrer e Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (3ª ed., Heidelberg, 1840), p. 29; cf., do mesmo, *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. I (Berlim, 1840), § 46, pp. 290 e ss. Sobre a necessidade de considerar também as partes *latentes* (não formuladas) do ordenamento jurídico, cf. JHERING, *Geist des römischen Rechts* (5ª ed., Leipzig, 1891-1898), P. I, § 3; cf. P. II, S. II, §§ 40 e 41.

25. *Eth. Nicom.*, V, 4 (7), 1132 a. Cf. CÍCERO, *De legibus*, L. III, C. I: "Vere dici potest, magistratum esse legem loquentem; legem autem mutum magistratum". De modo semelhante, mas com intenção mais restritiva, MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, L. XI, C. VI: "Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi". — Afirmando que o juiz deve penetrar o espírito das leis, de maneira que o seu próprio espírito se identifique com êle, pretende-se realmente significar que as leis se renovam e, por assim dizer, renascem de continuo enquanto se aplicam. Por tal forma, a razão das leis é concebida como verdadeiramente vivente, mas separada da individualidade empírica de seus primeiros autores. Ê sabido (e foi demonstrado especialmente por KÖHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, em *Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. Recht d. Gegenwart*, Vol. XIII, Viena, 1885) que o significado lógico das leis, portanto também a sua virtude plasmadora das relações sociais, pode vigorar e vigora geralmente bem, a despeito do conhecimento e da previsão daqueles que a formaram. Isto corresponde a uma das mais profundas intuições de VICO.

terminações gerais às particulares, quanto remontando destas àquelas. Não há razão para excluir que os dois métodos possam também exercer-se reciprocamente sobre a mesma realidade, servindo o uso alterno dos mesmos, até certo ponto, de encontro recíproco. Se, como escreve GIORDANO BRUNO é “uma só a escada, pela qual a natureza desce à produção das coisas e o entendimento sobe ao conhecimento das mesmas coisa; e tanto o entendimento como a natureza, partindo da unidade avança para a unidade, passando pela multidão de meios”,²⁶ com maior razão isto se deve asseverar a propósito do direito, que, além de ser conhecimento, é produção do espírito humano. A reflexão científica pode, é certo, refazer de novo, em sentido inverso, o caminho percorrido pelo mesmo espírito em sua espontaneidade criadora. Mas este procedimento reflexo, que implica sempre o concurso dos elementos geradores da experiência, não deve iludir-nos sobre o valor dos diferentes momentos, como nem sobre o posto que lhes compete na hierarquia originária e na lógica do sistema. É certo que o conhecimento particular ou específico (p. ex., de um certo tipo de contrato) supõe, por sua natureza, um correspondente conhecimento mais amplo (p. ex., a noção geral do contrato); e, embora o preceda no tempo, lhe está, não obstante, logicamente subordinado, e apela para ele como para sua premissa natural.²⁷ Dêste modo, as regras particulares de direito não são verdadeiramente inteligíveis, a não ser que sejam postas em relação com os princípios donde derivam;²⁸ se bem que estes possam não estar,

26. G. BRUNO, *De la causa, principio e uno*, Dial. V. (ed. de Gentile, *Op. ital.*, Vol. I, p. 247).

27. Aqui, como em todos os casos, o particular é cognoscível só em função de um universal. “Ogni nostra conoscenza di fatti”, podemos dizer com MASCI, “sta sotto il presupposto, o meglio sotto la condizione logica generale, che ogni singolo evento, ogni fatto particolare, ogni determinazione particolare della realtà, sia un caso particolare d'una legge generale, sia l'applicazione di un principio” (*Logica*, cit., p. 317). Não admitindo isto, falta a razão de toda indagação científica, mesmo de natureza empírica ou indutiva.

28. Cf., neste sentido, P. J. A. FEUERBACH, *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, cit.: “Hier ist es ganz unmöglich, unmittelbar aus dem Einzelnen das

e as mais das vêzes não estejam, formulados nos Códigos. Daqui a necessidade, até para a reta prática judicial, de uma profunda elaboração científica, isto é, de uma construção lógica e sistemática do direito, na qual as idéias diretivas e os princípios informadores de todo o sistema ocupam naturalmente o primeiro lugar, em confronto com as disposições particulares. O estudo destas últimas pode tão-sòmente dar aso a que sejam reconhecidos aquêles princípios, mediante o aludido procedimento retrospectivo, precisamente na medida em que êsses mesmos princípios precedentemente já por si tenham informado as normas singulares; as quais todavia só em parte lhes dizem respeito.

Por conseguinte, o nexa recíproco entre o geral e o particular não destrói a efetiva hierarquia dos valores lógicos, nem significa a convertibilidade ou equivalência mecânica dos dois termos. Embora abstratamente, como dissemos, se possa supor a plenitude e continuidade da série, que conduz do geral ao particular — na qual hipótese sòmente a série se poderia sem prejuízo inverter, conduzindo sempre a um conhecimento total — efetivamente os casos particulares da experiência jurídica representam apenas fragmentos esparsos, capazes, quando muito, de abrir caminho a uma reconstrução ideal do todo, nunca porém de a levar a bom têrmo. Pelo que, é necessário que a razão intervenha, a qual, na busca dos princípios gerais do direito, recebe certo auxílio das normas particulares, mas, em derradeira análise, deve referir-se à fonte viva que tem em si mesma, pois que precisamente do ser do sujeito procedem originalmente os princípios da verdade jurídica em geral, que subseqüentemente se refrangem, em maneira e medida diversa, nas figuras concretas da experiência.

Allgemeine rückwärts abzuleiten, und nichts anders ist übrig, als die Regel unabhängig von dem Gegebenen erst zu finden; sie aber dadurch, dass das Gegebene aus ihr nothwendig folgt, als Regel zu rechtfertigen und zu beweisen. Hier muss ich also aus dem Positiven hinaus, um in das Positive wieder hineinzukommen" (p. 76; cf. p. 84). Cf. também, em sentido análogo, THIBAUT, *Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze* (em *Versuche üb. einz. Theile d. Theorie des Rechts*, Vol. I, 2ª ed., Jena, 1817, espec. pp. 153 e ss.

Assim como dos princípios gerais não se podem tirar *a priori*, por simples dedução, tôdas as determinações particulares da ordenação jurídica, as quais contêm igualmente elementos empíricos e contingentes; assim também não há possibilidade de inferir exclusivamente das determinações particulares o conhecimento adequado daqueles princípios, que em sua generalidade superam virtualmente tôda aplicação singular.²⁹ A instância de um racionalismo extremo, que pretendesse deduzir só de puros princípios a concreta multiplicidade das regras de direito, seria certamente rejeitada por qualquer jurista; contudo não menos errônea seria a instância de um empirismo extremo, que presumisse construir *a posteriori*, por meio das normas singulares, os princípios que são a premissa e a base destas. Tal instância seria ainda menos legítima, mesmo sob o aspecto jurídico positivo, tratando-se de um sistema que, como o sistema italiano, mercê de sua integração, apela para o elemento racional não formulado, e expressamente o reconhece em sua generalidade.

IV. — Por outro lado, na determinação dos princípios gerais do direito o pensamento individual não fica entregue a si, nem pode exercer-se a seu arbítrio. Um primeiro freio à “razão racionante” — freio que, ao mesmo tempo, é uma ajuda — é constituído, como vimos, pelo nexo imprescindível do sistema, ou seja, pelo respeito devido a tudo quanto se encontra expresso no mesmo sistema.

Vem aqui a propósito observar que os ordenamentos jurídicos mais avançados, e nomeadamente aquêles que, como o italiano, acolheram a idéia da codificação, e assentaram como base dos códigos uma série de determinações ainda mais amplas

29. Sobre essa impossibilidade, cfr. as considerações de FEUERBACH, *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, cit.: Hier ist es ganz unmöglich, unmittelbar aus dem Einzelnen das Allgemeine rückwärts abzuleiten, und nichts anders ist übrig, als die Regel unabhängig von dem Gegebenen erst zu finden; sie aber dadurch, dass das Gegebene aus ihr nothwendig folgt, als Regel zu rechtfertigen und zu beweisen. Hier muss ich also aus dem Positiven hinaus, um in das Positive wieder hineinzukommen” (pág. 76; cfr. pág. 84). Veja-se também em sentido análogo, THIBAUT, *Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze* (en *Versuche ub. einz. Theile d. Theorie des Rechts*, I Bd., 2 Ausg., Jena, 1817) especialmente páginas 153 e seguintes.

e profundas, quais são as garantias constitucionais, oferecem um quadro bastante diferente do dos ordenamentos das idades primitivas, nas quais tôda a produção jurídica apresenta caráter fragmentário e, por assim dizer, casuístico. A par da congêrie das leis especiais e das disposições relativas a casos e relações estritamente determinados, há na legislação italiana, assinadamente no Estatuto e, em parte, também nas Disposições preliminares ao Código Civil, bem como noutras leis, afirmações de caráter geral, que refletem, em maior ou menor escala, a elaboração racional levada a efeito relativamente ao direito das escolas filosóficas antecedentes.

Portanto, embora caiba ao jurista a pesada tarefa de investigar os princípios fundamentais de todo o sistema, enquanto estão sepultados e implícitos, como pressupostos remotíssimos, nas normas particulares, ou por estas são, de algum modo, postulados como seu complemento lógico; acontece todavia que êle encontra tais princípios em parte já formulados, se não em sua conceituação pura e plena, ao menos em alguns de seus aspectos ou momentos, por obra do mesmo legislador.

Por certo, não se pretende com isto afirmar que o sistema italiano vigente, ou qualquer outro, acolha em si integralmente, e exprima de modo adequado, a racionalidade do direito em geral; no qual caso, êle não seria apenas um sistema jurídico positivo, como também, ao mesmo tempo, uma filosofia do direito "tôda explicada". Pretende-se, porém, dizer que esta filosofia não é estranha a nenhum sistema vigente, e principalmente àqueles que correspondem a um grau mais elevado de desenvolvimento do espírito humano; que, em parte, se encorpora nêles, e nêles se reflete de tal maneira, que só quem fôr movido de preconceitos poderá negar a presença dela e a luz que dela irradia. Pretende-se dizer que, no direito, o elemento racional e o elemento positivo, embora não coincidam totalmente, nem por isso contrastam necessariamente. "Auctoritatem cum ratione omnino pugnare non posse" era já o ensinamento de VICO,³⁰

30. VICO, *De uno universi iuris principio et fine uno*, Cap. LXXXIII. Cf. *Scienza nuova* (2*), L. I, Degli elementi, Degn. IX, X, CXI, CXIII, CXIV.

o qual justamente, em abono de tal conceito, apelava para a tradição romana. Na suposição de haver contraste absoluto entre o *certo*, que deriva da autoridade, e o *vero*, que deriva da razão, não haveria leis, mas sim monstros de leis: “non leges essent, sed monstra legum”.³¹ O direito positivo apresenta, no fundo, uma certa racionalidade: a qual, se não é precisamente a “ratio naturalis”, é, ao menos, — como explicava o mesmo VICO — uma “ratio civilis”, expressão parcial daquela.³²

Compete à crítica a tarefa de avaliar as leis positivas, aferindo-as pela bitola da idéia absoluta do direito, ou do justo natural, sem que se possa responsabilizar esta idéia pela defeituosa correspondência que ela encontra na ordem positiva. Contudo menos plausível seria ainda responsabilizar a idéia pela sua efetuação, como se a idealidade desaparecesse no ato de se traduzir em fenômeno. Em termos mais claros: o direito natural não cessa de ser tal, nem perde seu valor intrínseco, pelo fato de por vezes ser também positivo. Nesse caso, o reconhecê-lo é tanto da alçada do jurista em sentido estrito, do *pragmaticus legum*, quanto do *philosophus legum* (para nos servirmos ainda da linguagem de VICO); e o intérprete faltaria à sua missão, se, por simples preconceito, atribuisse a mera invenção legislativa aquilo que, antes de mais nada e substancialmente, se fundamenta na razão natural. Não hesitamos em dizer que, procedendo assim, ou seja, recusando-se *a priori* a reconhecer os diversos graus de verdade jurídica que se encontram nas leis positivas, a moderna ciência interpretativa se situaria — e, freqüentemente, se situa — em condição de real inferioridade em relação à Jurisprudência romana, da qual é bem conhecida a doutrina nesta matéria.

Semelhante visão da verdade do sistema vigente, segundo a própria hierarquia filosófica, pressupõe sem dúvida uma referência àquelas doutrinas racionais atinentes ao direito, que se constituíram como critério superior às ordens positivas; numa palavra, àquelas doutrinas que remontam ao conceito da natu-

31. VICO, *De uno universi iuris principio et fine uno*, 1. cit.

32. “Ratio civilis quum dictet publicam utilitatem, hoc ipso pars rationis naturalis est: non tota autem ratio est”. VICO, *op. e* 1. cit.

reza (teleològicamente considerada), como fundamento intrínseco do direito. Muito embora com divergências e oscilações (na verdade, muito menores do que muitos pensam), elas constituem um verdadeiro corpo, orgânicamente amadurecido mercê das progressivas elaborações de muitos séculos, e dotado de uma coerência interior própria, que consolida a unidade de cada uma das partes, se bem que aparentemente diversas. Aliás, as oscilações e as divergências derivam quase sempre, não tanto de uma dissensão básica em tôrno dos princípios, quanto do árduo e contínuo labor indispensável para relacionar os mesmos princípios com as circunstâncias mudáveis, a que devem aplicar-se no decurso da história.³³

A idéia do direito natural é uma daquelas idéias, que acompanham a humanidade em sua evolução; e embora, como não raro aconteceu, e principalmente em nossos tempos, algumas escolas façam profissão de excluí-la ou ignorá-la, ela se reafirma fortemente pujante de vida. Donde, além de vã, é incôgrua a tentativa de repudiá-la; e mais vã e incôgrua, quando se trata de interpretar um sistema legislativo que, como o italiano, se formou, direta e indiretamente, sob o império dessa idéia. Temos disto a prova, não tanto nos trabalhos preparatórios, cuja importância não queremos exagerar para fins de interpretação,³⁴ quanto no fato de a legislação italiana derivar principalmente, quanto ao direito privado, do direito romano,

33. "Principia communia legis naturae non eodem modo applicari possunt omnibus, propter multam varietatem rerum humanarum: et ex hoc provenit diversitas legis positivae apud diversos". TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, 1^a 2^{ae}, Quaest. 95, Art. 2. — Entre os juristas modernos que aceitam substancialmente este conceito, rejeitando um velho argumento contra o direito natural, recordemos, por exemplo, PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I (5^a ed., Paris, 1908), p. 3: "Les législations positives, bien que très différentes les unes des autres, sont en général conformes au droit naturel". Cf. o que, com maior propensão ao relativismo, observa DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé* (Paris, 1011), pp. 19, 28, 45.

34. Acêrca da debatida questão da importância dos trabalhos preparatórios, cf. especialmente KÖHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., pp. 11 e ss. da separata, e os trabalhos aí indicados; FADDA e BENZA, op. cit., pp. 119 e ss.; DEGNI, op. cit., pp. 251 e ss., etc.

desenvolvendo-se todo em volta da idéia da *naturalis ratio*,³⁵ e, quanto ao direito público, dos sistemas constitucionais da Inglaterra e da França, que têm como documentos fundamentais os *bills of rights* e as *Déclarations des droits*, expressões típicas e genuínas da escola do *ius naturae*.³⁶

Qualquer que seja o juízo que o intérprete faça em seu íntimo acêrca desta grandiosa doutrina tradicional, e de sua presente vitalidade, que continua manifestando-se inexausta por meio de muitos indícios, não poderá êle todavia desconhecer a real existência e a vigorosa eficácia no tempo que corresponde à formação do atual sistema italiano.³⁷ Donde, a necessidade de não descuidar o estudo da mesma, sob pena de renunciar à inteligência exata e veraz do mesmo sistema.

Êste estudo, que integra o das normas particulares, atrás mencionadas, constitui, também êle, a um tempo, um freio e um auxílio para o pensamento individual, no labor de reconstrução do direito vigente. Êle ajuda, antes de mais nada, a encontrar a fonte daquela parte dos princípios gerais do direito, que o

35. Note-se que a *naturalis ratio*, sôbre a qual se funda o direito, indica tanto a razão objetiva, insita na natureza em geral, quanto a subjetiva, insita na natureza humana. Cf. a êste propósito: VOIGT, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer* (Leipzig, 1856-1876), especialmente Vol. I, pp. 327 e ss.; HILDENBRAND, *Geschichte und System der Rechts — und Staatsphilosophie*, Vol. I (Leipzig, 1860), pp. 603 e ss.; LEIST, *Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts* (Jena, 1877), pp. 8 e ss.; LASSON, *System der Rechtsphilosophie* (Berlim, 1882), pp. 73 e ss.; e, para um exame analítico das fontes, GRADENWITZ, *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio* (Königsberg, 1900), pp. 13 e ss.

36. Estas deduções, a que basta só aludir aqui, não são menos reais nem menos importantes por haverem sido processadas com determinadas modificações e seguindo vários trâmites. Todos sabem, por exemplo, que o direito romano chegou até nós através do direito comum, o qual já tinha informado igualmente os códigos modernos anteriores aos nossos; e que o Estatuto fundamental do Reino teve, como modelos imediatos, as Cartas constitucionais francesas de 1814 e de 1830, e a belga de 1831, as quais, por seu turno, tomaram os elementos essenciais das Declarações dos direitos do homem e do cidadão.

37. Cf., sôbre o assunto, as considerações de FILOMUSI GUELFI, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono* (Roma, 1887), pp. 7 e ss.

legislador teve ocasião de recolher e formular, se bem que não lhe dando expressão completa; em seguida, daqueles princípios não formulados, mas não obstante existentes virtualmente no âmbito do sistema, e como que sepultos na congérie das normas singulares, que representam aplicações mais ou menos consequentes dos mesmos. O nexó entre as doutrinas gerais relativas ao direito, dominantes no pensamento de uma certa época, e as resoluções legislativas simultaneamente amadurecidas, poderá ser mais ou menos simples e mais ou menos fácil de descobrir: não pode porém faltar, se é verdade que *êste mundo civil certamente foi organizado pelos homens, e entanto os seus princípios devem encontrar-se em nossa própria mente humana*;³⁸ se, por outras palavras, é verdade que o mesmo espírito humano gera o direito tanto como fenómeno quanto como idéia. É óbvio que a tarefa do intérprete, enquanto visa a compreender e integrar um sistema historicamente determinado, não pode ser *cerebrina*, ou arbitrariamente individual: não pode consistir na afirmação de um direito natural "que cada qual forja a seu talante", contra o qual a lógica dos juristas protestaria com razão. O conveniente apoio e encontro na indagação dos princípios é-nos ministrado por aquêlê corpo de doutrinas gerais relativas ao direito, corpo êsse que não é obra artificiosa de um pensador isolado, senão que corresponde a uma autêntica e sólida tradição científica, intimamente conexa com a gênese das leis vigentes. Nem êste necessário respeito da tradição doutrinária impede as ulteriores elaborações dos elementos que formam a sua estrutura; antes, serve para facilitá-las, na medida em que, uma vez asseguradas as bases, indica o plano onde se devem processar os progressivos desenvolvimentos.

V. — Não decerto para exaurir o elevado argumento, mas só para nêle tocar ao de leve, vamos aludir a alguns traços essenciais das teorias jusnaturalísticas, que se encontram na legislação italiana vigente. De acôrdo com o que fica exposto, referimo-nos, não a opiniões isoladas dêste ou daquele filósofo, nem

38. VICO, *Scienza nuova* (1^o), L. 1, C. XI; (2^o), L. 1, De' principi.

às peculiaridades de um ou de outro sistema especulativo, mas àqueles *motivos de verdade*, que constituem o fundo comum e, por assim dizer, a quinta-essência de tais teorias, consideradas na continuidade de seu desenvolvimento histórico. O progresso, que estamos habituados a descortinar neste desenvolvimento, consistiu bastante mais na elucidação gradual dos princípios ou *motivos* intuídos já desde o dealbar da meditação filosófica sobre o direito, do que na descoberta de novos. Portanto, só neste sentido aprez atender principalmente às fases mais progressivas das teorias jusnaturalísticas: ou seja, na medida em que elas exprimem de modo mais exato e mais consciente as intuições que já substancialmente se encontram nas fases anteriores.³⁹

Em tôdas as doutrinas do *ius naturae* existe implícito um pensamento preliminar: a saber, que o direito corresponde a uma necessidade humana, e que é inseparável da própria vida do homem. *Ubi homo, ibi ius*. Onde quer que haja vestígios de vida humana, aí se encontra indepeçtivelmente, ao menos em germe, um ordenamento jurídico. Em qualquer caso de relação *hominis ad hominem*, deve poder proferir-se um juízo sobre o direito e a sem-razão.

39. Com isto fica entendido que, com o nome de teorias jusnaturalísticas, ou de escola do *ius naturae*, nos referimos igualmente às teorias e à escola que, em sentido mais estricto, se denominam do "direito natural" ou do "*Vernunftrecht*". Uma separação nítida entre êstes termos não seria possível historicamente, nem logicamente se justificaria. O elemento racional foi sempre, se bem que de várias maneiras, foi considerado também pelos mais antigos cultores do *ius naturae*. Deixando de examinar o uso da fórmula *recta ratio* (que corresponde ao ὀρθὸς λόγος dos Estoicos) para designar precisamente a *lex naturae* (cf., p. ex., CÍCERO, *De republica*, III, 22 [LACTÂNCIO, *Instit. div.*, VI, 8]), bem como a doutrina tomista, segundo a qual "lex est aliquid rationis" (*Summa Theol.*, 1^a 2^{ae}, Quaest. 90, art. 1), e "lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura" (*ib.*, Quaest. 91, art. 2); relembremos que de "ius rationale" falava, p. ex., WINKLER, um dos precursores de Grócio (*Principiorum iuris libri V*, L. I, C. IX e II, C. V); ao passo que para o mesmo GRÓCIO "Ius naturale est dictatum rectae rationis" (*De iure belli ac pacis*, L. I, C. I, § X, 1), e para LEIBNIZ "Ius naturale est quod ex sola ratione naturali sciri potest" (*Observationes de principiis iuris*, § 3). Por outro lado, posteriormente, também KANT

A qualidade de sujeito de direito não provém, para o homem, de uma concessão extrínseca e arbitrária de quem quer que seja, mas deriva imediatamente do seu mesmo ser de homem; de sorte que não assiste ao indivíduo o poder de alienar esta qualidade, ou de a ela renunciar.⁴⁰ Nesse sentido, a lei, que atribui a cada um a qualidade jurídica de pessoa, embora não seja ratificada na ordem positiva, é uma lei *natural*.

Ser juridicamente pessoa significa valer como tal perante outrem; a juridicidade consiste precisamente nesta correlação entre mais de um sujeito. Nenhuma afirmação de direito é possível sem a noção de um limite correspondente. Admitir que tal limite possa ser marcado à descrição, contrastaria com a tese fundamental acima mencionada, pois implicaria a possibilidade de anular praticamente o direito da pessoa.⁴¹

e seus sequazes, defensores do "Vernunftrecht", não abandonaram a idéia nem o nome do direito natural ou "Naturrecht", embora propondo-se tratá-lo com método crítico, e portanto mais propriamente racional (cf. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª ed., p. XLIV: "Naturrecht, das auf lauter Principien a priori beruht"; e, entre os sequazes, p. ex.: ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts*, 2ª ed., Stuttgart, 1840, Vol. I, pp. 65, 72, etc., onde se fala indiferentemente de "Natur — oder Vernunftrecht"; BAROLI, *Diritto naturale privato e pubblico*, Cremona, 1837, Vol. I, p. 5, onde se alude também à denominação de "direito da razão, ou seja racional" como equivalente à usada no título da obra). É sabido que o nome clássico de "direito natural" foi conservado, mais recentemente, também por ROSMINI, por AHRENS, por TRENDELENBURG, etc.

40. A afirmação mais enérgica deste princípio foi feita por ROUSSEAU, *Du Contrat social*, L. I, C. IV.

41. Uma clássica demonstração disto foi-nos dada pelos sistemas de HOBBS e de SPINOZA, nos quais se prova que a hipótese de um direito natural ilimitado equivale à negação do mesmo direito. Cf. HOBBS, *De Cive*, Cap. I, § 11: "Effectus eius iuris [in omnia] idem paene est, ac si nullum omnio ius exstiterit"; SPINOZA, *Ethica*, P. IV, Prop. XXXVII, Schol. II: "In statu naturali nihil fit, quod iustum, aut iniustum possit dici"; etc. — Os sistemas destes dois autores devem ser propriamente considerados como *experimentos lógicos negativos*, em relação às suas premissas. Grande parte das sucessivas elaborações do *ius naturae* desenvolveu-se justamente em forma de polémica contra tais sistemas (e nomeadamente contra o de HOBBS); os quais, por esta forma, deram ocasião, indiretamente, a novo aprofundamento da matéria.

Pelo que, as escolas do direito natural empenharam-se em definir racionalmente êste limite, e o resultado dêsse empenho compendia-se em dois princípios capitais. O primeiro é a máxima da igual liberdade, ou da coexistência dos arbítrios; o qual significa a necessidade de cada qual limitar a própria conduta segundo a idéia de sua compatibilidade com a dos outros numa ordem universal. Por esta forma se afirma aquêle conceito da igualdade jurídica entre os homens, conceito já implícito na noção do direito de personalidade pertencente a cada um; precisamente porque a igualdade, como felizmente foi notado por ROMAGNOSI, não é mais do que a repetição em todos da mesma quantidade de direito, ou melhor de sua idêntica inviolabilidade.⁴²

O segundo princípio, que confere ao conceito da igual liberdade um valor não só *estático* senão também *dinâmico*, consiste em que toda limitação do direito da pessoa pode ser estabelecida só por *lei*: entendendo por lei a expressão da vontade geral. Com isto se afirma a exigência racional de o poder público se fundamentar no virtual consenso de todos e, mais propriamente, no direito que, em igual medida, pertence a cada qual, de concorrer para a formação das normas obrigatórias para todos. Sòmente por esta maneira se pode conciliar a idéia da liberdade originária do indivíduo com a da coordenação social e política, que necessariamente implica uma limitação dos arbítrios e uma permanente homenagem à lei comum. A mesma liberdade se exerce, de fato, em assinalar seu próprio limite; e a obediência à lei consentida é reafirmação, não negação de liberdade.⁴³ Êste o significado profundo da doutrina do contrato

42. Cf. ROMAGNOSI, *Che cosa è equaglianza?* (em *Op.*, edição de De Giorgi, Vol. III), § 641; *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, §§ 225-233; *Assunto primo della scienza del diritto naturale*, §§ 300-337 (Cap. XXII-XXIV); *Instituzioni di civile Filosofia ossia di Giurisprudenza teorica*, §§ 1635-1657. — Cf. também SPEDALIERI, *De' diritti dell'uomo*, L. I, C. VII, §§ 6-13.

43. Cf. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, especialmente L. I, Cap. VIII L. II, Cap. VI. Desnecessário será relembrar o desenvolvimento que êste pensamento teve posteriormente no sistema de KANT, em matéria não só de direito, como de moral.

social, que em sua genuína substância está na base da concepção do Estado legítimo ou de direito.

Daqui se seguem, como corolários imediatos ou expressões diversas das mesmas verdades, os princípios fundamentais de todo o ordenamento jurídico: o princípio da soberania da lei, entendendo esta não como comando arbitrário, mas como síntese do direito de todos ou "registro de nossas próprias vontades" (para retomar a fórmula de ROUSSEAU); o princípio da igualdade de todos perante a lei, ou seja, da igual subordinação de cada um relativamente a ela; enfim, o princípio da "divisão dos poderes",⁴⁴ que tende ainda a assegurar a supremacia da lei, em confronto com outras atividades, judiciária e administrativa, do Estado.

É fácil agora ver que todos os conceitos até aqui apontados, como próprios das teorias jusnaturalísticas, penetraram substancialmente na legislação positiva italiana. Pode outrossim observar-se que a tese preliminar daquelas teorias, segundo a qual o direito é inseparável da espécie humana, qualquer que seja sua condição de vida, obteve plena confirmação por parte da moderna ciência, mesmo debaixo do aspecto empírico e positivo.⁴⁵ Por outro lado, variam, somente dentro de certos li-

44. Seguimos a denominação comum, e enfim historicamente consagrada, muito embora (tendo em consideração a unidade essencial do poder público) se devesse dizer com maior exatidão: *distinção das atividades* (ou *das funções*) do Estado.

45. Apesar de as investigações etnográficas terem sido conduzidas até aos limites da pré-história, não se chegou jamais a encontrar uma fase absolutamente *pré-jurídica* da humanidade, ou seja, destituída de qualquer apreciação no plano do direito. Cf., por exemplo, WESTERMARCK, *The origin and development of the moral ideas*, especialmente Vol. I (Londres, 1906), p. 124: "We have no knowledge of a savage people without customs... Various data prove that the lower races have some feeling of justice". No mesmo sentido já se tinha expressado SPENCER, *The data of Ethics* (6ª ed., Londres, 1890), especialmente § 60, p. 164: "Though primitive men have no words for either happiness or justice; yet even among them an approach to the conception of justice is traceable", etc. Cf. os múltiplos dados recolhidos pelo mesmo SPENCER, *The principles of Sociology* (ed. ital. em *Bibl. dell'Economista*, S. III,

mites, as espécies de ações humanas, às quais se aplicam respectivamente as qualificações de direito e de injustiça; mas estas qualificações nunca podem faltar, e toda controvérsia entre homens conviventes deve ser resolúvel *sub specie iuris*.

Assim, para a legislação italiana, como já declaramos, o postulado de que o juiz deve sentenciar em qualquer caso, se não de acôrdo com uma precisa determinação da lei, ao menos em virtude da analogia ou, enfim, em conformidade com os princípios gerais do direito, é também êle um princípio geral de direito.

De modo idêntico, o conceito de o homem ser juridicamente pessoa, não porque pertença a determinado consórcio político, mas por ser homem, tem sido acolhido como uma das pedras angulares do sistema vigente: tem chegado até a cancelar a distinção entre cidadão e estrangeiro no que tange aos direitos civis (art. 3 C. Civ.).⁴⁶ Notável é o fato de a palavra "estrangeiro" não significar somente o cidadão de outro Estado, senão também o "apólida", ou seja, aquêle que não pertence a nenhum Estado, p. ex., por haver perdido a cidadania própria de ori-

Vol. VIII); por POST, *Der Ursprung des Rechts* (Oldenburg, 1876), *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte* (ib., 1884), *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz* (ib., 1894-1895; ed. ital., *Giurisprudenza etnologica*, Milão 1906-1908); por LETOURNEAU, *L'évolution juridique dans les diverses races humaines* (Paris, 1891), etc.; embora tenham de ser feitas muitas reservas às opiniões destes autores, quanto à natureza do direito em geral. — No fato universal acima apontado está implícita igualmente uma crítica da teoria do materialismo histórico, ou do determinismo econômico, que, como se sabe, levaria a admitir a preexistência de uma *ordem econômica* da sociedade, em face da ordem *jurídica*. Mostram as indagações objetivas que tal preexistência não se verifica em nenhum caso, nem poderia verificar-se, dado que uma e outra ordem têm igualmente condições de índole psicológica, que fazem que elas nasçam necessariamente ao mesmo tempo.

46. Entende-se que o simples reconhecimento da personalidade jurídica do estrangeiro não implicaria por si tal equiparação plena, a qual poderia até estar subordinada a certas condições, tais como as da residência e da reciprocidade. Cf. GABBA, *Introduzione al diritto civile internazionale italiano*, cit., pp. 9 e s.; GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, cit., § 28; FEDOZZI, *Gli insegnamenti della guerra circa il*

gem, sem ao mesmo tempo adquirir outra nova. É difícil não ver nisto um efeito da doutrina do *ius naturae*, ou, se se preferir, uma confirmação de sua verdade intrínseca: daquela verdade que já se fêz valer por vias indiretas, quando o seu reconhecimento positivo estava sujeito a maiores exceções e limitações.

Não só a qualidade de sujeito de direito é pressuposta pela legislação italiana em todo homem, como sendo-lhe inerente por natureza; não só é reconhecida entre os homens, neste sentido, uma igualdade fundamental; mas a condição do cidadão relativamente ao Estado é definida por tal forma que envolve, como princípios gerais de direito, aquêles que são justamente os postulados fundamentais da escola do *ius naturae*. A sujeição do indivíduo ao poder público, no sistema italiano, não é, na verdade, incondicionada, mas sim rigorosamente determinada pelos requisitos da legitimidade do mesmo poder. Este, por feito de uma *autolimitação*, que não é senão um necessário reconhecimento de uma superior exigência da razão, pode exercer-se só em forma de lei, ou em conformidade com uma lei: na universalidade desta forma, e na conseqüente paridade de todos em relação a ela, reside uma garantia do direito natural de todo indivíduo. Que tal direito preexista logicamente, e permaneça na organização jurídica positiva como seu fulcro e espírito animador, é manifesto principalmente pelo fato de a liberdade constituir sempre a regra, ao passo que, pelo contrário, as restrições devem ser positivamente justificadas; como manifesto é que ao cidadão se reconhece como imanente a faculdade de não estar sujeito senão às ordens e aos poderes, que se fundamentem numa lei;⁴⁷ ao passo que a própria atividade le-

trattamento degli stranieri, em "Scientia", Vol. XVIII, A. IX (1915). — [De fato, a mais recente legislação introduziu, neste ponto, uma restrição: "Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali" (Art. 16 das *Disposizioni sulla legge in generale*, antepostas ao novo Código Civil)].

47. O princípio acima mencionado da "divisão dos poderes", ou distinção das atividades do Estado, tem justamente como finalidade o valorizar esta faculdade, tornando-a praticamente experimentável.

gislativa é, por seu turno, concebida como emanção ou "função" de um direito que concerne a todos os cidadãos igualmente.⁴⁸

VI. — Houve quem recentemente defendesse que todo sistema jurídico positivo contém implicitamente, além de tôdas as disposições particulares, uma norma complementar, endereçada a excluir tôda e qualquer limitação em todos os casos não particularmente considerados.⁴⁹ Esta norma geral exclusiva teria um caráter inteiramente *sui generis*, diferente do caráter dos "princípios gerais de direito", pelo menos como são comumente entendidos: uma vez que ela não poderia ser tomada (como êstes autores pretendem) das disposições particulares da lei, mediante generalizações sucessivas.⁵⁰

Não deixa de ser significativo o fato de, ou por incidência ou por ocasião de uma pesquisa especial, se ter chegado a reconhecer, por esta forma, a insuficiência da doutrina comum relativamente aos princípios gerais de direito. Só que, do mesmo modo que esta doutrina, também aquela tese parece exigir exame ulterior.

Antes de mais nada, importa não olvidar que o conceito da impossibilidade jurídica de fazer que o singular esteja sujeito a restrições não fundadas em leis não é peculiar de qual-

48. Este conceito teve uma base positiva, para o direito italiano, no Estatuto, que não apela explicitamente para o direito de sufrágio, mas o compreende entre os "direitos políticos", atribuídos "igualmente" a todos os cidadãos (art. 24). A determinação daquele direito foi remetida para uma lei apósita (cf. art. 39); e por lei o princípio da universalidade, antes imperfeitamente realizado, foi com sucessivas reformas introduzido muito mais largamente. Contudo já no reconhecimento substancial da vontade popular como fator do poder legislativo reside, jurídica e historicamente, o grande significado do Estatuto, não obstante as deficiências de suas fórmulas. [Cf., na nova Constituição da República italiana, os artigos 48, 56, 58].

49. Esta é a tese de D. DONATI (*Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., especialmente Cap. II); tese semelhante, se bem que não idêntica, à que já tinha sido defendida por ZITELMANN (*Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 19) e por outros.

50. Cf. DONATI, *Il problema delle lacune*, cit., pp. 166-171.

quer ordenamento jurídico, mas tão-sòmente de alguns, que, p. ex., como o italiano, assumiram a forma de "Estado de direito". Tal conceito foi, como notamos, um dos princípios diretivos da escola do *ius naturae*, ou melhor um dos t ermos finais da evolução secular dessa escola; os quais princípios surgiram em plena luz quando, tendo enfim obtido um alto grau de elaboração teorética, e tornando-se preponderantes na consciência pública, passaram a fazer parte das modernas constituições dos Estados civis. O conceito oposto, a saber, que o arbítrio individual possa ser limitado pelos órgãos do Estado mesmo fora das formas e dos casos considerados nas leis, não   s mente admissível como hipótese, senão que verificou-se históricamente; e pode-se também aqui acrescentar, que semelhante regime seria em parte restaurado, sempre que prevalecesse a recentíssima tese do chamado "direito livre".

Consideramos hoje como particularmente essencial que o princípio da exclusiva autoridade da lei, em confronto com os órgãos do Estado, haja sido mantido no direito penal; na qual matéria, como é sabido, o legislador italiano excluiu até a aplicabilidade da analogia.⁵¹ As máximas: *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* obtiveram, por tal forma, no direito italiano, plena e rigorosa efetivação. Convém todavia ter presente que tais máximas foram estranhas ao direito antigo, havendo sido propugnadas como exigências racionais justamente em antítese a sistemas que admitiam a irroga  o de penas a arbítrio dos superiores.⁵²

51. Cf. o art. 4 das Dispos. prelim. ao C. Civ. [Art. 14 das Disposições sôbre a lei em geral antepostas ao nôvo C. civ.] Art. 1 C. Pen.: "Nessuno pu  essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto como reato dalla legge, n  con pene che non siano da esse stabilite".

52. Em sentido contrário DONATI, op. cit., p. 36: "La norma che  , esplicitamente dichiarata in quasi tutte le legislazioni penali; *nulla poena sine lege*, non rappresenta in realt  una norma che esista solo in quanto sia espressa, ma rappresenta il complemento logico necessario di ogni complesso di disposizioni particolari". — Que o direito romano, por exemplo, não excluía o uso da analogia em matéria penal, é o que se deduz, além de outros argumentos, do fr. 7   3 D. 48, 4: "... tale sit

Isto leva-nos ainda a pensar que aquêlê princípio não é, como tem sido propugnado, um complemento lógico necessário de qualquer ordenamento jurídico; mas sim um princípio substancial e concreto, que pode ser, ou não ser, acolhido num dado sistema, mas que, no caso de ser acolhido, não permanece *in margine* dêle, antes constitui um seu elemento intrínseco, que precisa de ser harmonizado e ajustado aos demais "princípios gerais" do mesmo sistema.

Que assim seja realmente, prova-o um exame mais atento do sistema italiano. Êste acolheu, sem dúvida, o conceito, eminentemente jusnaturalístico, de que a lei vincula por igual os cidadãos e os órgãos do Estado, e constitui portanto não apenas uma obrigação, mas também um *limite* e, por conseguinte, uma

delictum, quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est". No mesmo direito se encontram igualmente casos de punições "extra ordinem" e por retroatividade da lei. A uma pena infligida sem lei prévia alude, por exemplo, ULPiano em fr. 1 § 2 D. I, 4. Cf. FERRINI, *Diritto penale romano* (Milão, 1899) pp. 32, 39 e s. Idênticas observações podem igualmente ser feitas para a época posterior: na qual, como nota CALISSE, "non son tenuti como reati que' fatti soltanto che sono stati' in precedenza dichiarati tali dalla legge; ma avviene invece che un fatto, riconosciuto degno di repressione, a questa senz'altro soggiaccia, facendosi, quando occorra, per esso la disposizione punitiva, con efficacia pienamente retroattiva" (CALISSE, *Storia del diritto penale italiano dal sec. VI al XIX*, Florença, 1895, p. 3; cf. p. 299). A escola do *ius naturae*, de início, defendeu a possibilidade de infligir penas segundo a lei natural, mesmo na falta de uma lei positiva; cf., p. ex. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, L. VIII, C. III, § 16. Contudo, sucessivamente, a mesma escola reconheceu o perigo inerente a esta tese, justamente porque a lei natural exige que os direitos do indivíduo não fiquem à mercê dos órgãos judiciários e executivos. Pelo que, a prévia a expressa disposição de lei foi exigida, como condição primeira da admissibilidade de qualquer pena, pelos jusnaturalistas, que prepararam o advento do constitucionalismo. Êste conceito foi acolhido na legislação da revolução francesa. Cf. a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), art. 8: "... Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée". De modo semelhante, em geral, as legislações posteriores. Contudo, em nossos dias, não têm faltado propostas (na verdade, bem pouco convincentes) de readmitir o uso da analogia no direito penal: cf. especialmente BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit. pp. 27 e s.

proteção para aquêles em face dêstes. Tal conceito, que confere ao Estado o caráter de "Estado de direito", e permite em geral afirmar a exclusiva soberania da lei, não se apresenta contudo sempre com igual aspecto, nem possui o mesmo valor para tôdas as espécies de relações compreendidas no ordenamento jurídico. Tendendo êste substancialmente a assegurar a liberdade do indivíduo contra os possíveis abusos do poder público, é lógico que seja, como de fato é, mais rigidamente afirmado nas matérias, que se referem precisamente àquela liberdade em relação ao *imperium* do Estado, como acontece tipicamente nas leis penais.⁵³

Mas êste conceito não tem nem pode ter igual aplicabilidade noutras matérias, nas quais não deva ser garantida a simples liberdade politicamente entendida, mas antes deve ser encontrada — com todos os meios consentidos pelo ordenamento jurídico — uma justa correlação entre mais de uma vontade individual, ou uma dada vontade deve ser avaliada em sua

53. Por igual motivo, o art. 4 das Disposições preliminares estabelece a proibição da aplicação analógica, não só nas leis penais, como outrossim naquelas "que restringem o livre exercício dos direitos". Uma vez que tôda lei, em certo sentido, restringe o livre exercício dos direitos, é claro (e já o advertiu DONATI, op. cit., p. 172) que aquela fórmula não pode ser entendida literalmente (no qual caso, ficaria suprimido por ela qualquer recurso à analogia); mas refere-se efetivamente às leis que implicam uma atividade do poder administrativo, e visa impedir a êste poder o direito de limitar a liberdade dos particulares, fora dos casos particularmente considerados pela lei. Tal interpretação corresponde precisamente ao conceito que temos vindo desenvolvendo no texto. — Quanto ao último caso de proibição da extensão analógica, ou seja, relativamente às leis "que formam excepção às regras gerais ou a outras leis" (art. cit.), êle reduz-se a um simples esclarecimento de lógica hermética elementar. Ao fixar com uma regra uma excepção a outra regra, o legislador referiu-se necessariamente a esta, e não pode portanto ter deixado de considerar o limite da própria excepção; pelo que, o proceder ao acréscimo de outras excepções equivaleria manifestamente a ir de encontro à vontade exata do legislador, expressa na regra principal. Neste sentido, já BACON havia observado: "Exceptio firmat vim legis in casibus non exceptis" (*De dignitate et augmentis scientiarum*, L. VIII, C. III: *De iustitia universali sive de fontibus iuris*, Aphor. XVII).

eficácia relativamente a outros, ou uma certa relação deve ser definida, tendo sempre em atenção mais de um sujeito, segundo sua natureza real. Para tais problemas, dos quais a ciência e a prática do direito nos oferecem inúmeros exemplos, e que constituem partes inteiras do direito,⁵⁴ aquêlê conceito é por si insuficiente; e seria até errôneo, se fôsse entendido no sentido de tôda disposição de lei implicar uma negação de tudo quanto não esteja compreendido nos têrmos da mesma disposição. O adágio: "Lex ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit", foi considerado infiel e perigoso até pelos práticos do direito, e nenhum intérprete se atreveria a fundar sômente nêle uma demonstração qualquer; menos ainda poderia ser arvorado em cânone universal para interpretar o significado de todo o ordenamento jurídico.

Quando não se trate de estabelecer o limite do direito individual em confronto com o poder público, a própria lei, permanecendo embora inviolável, admite que deva ser superada ou melhor integrada, com recurso não só à analogia, como também aos princípios gerais do direito; entre os quais ocupa o primeiro lugar aquêlê que afirma o respeito devido à liberdade, como expressão do valor absoluto da personalidade humana. Note-se que, afora a relação apontada, o mesmo princípio da tutela da liberdade assume sentido diverso e bastante mais complexo: não só negativo ou exclusivo, mas também, se assim podemos dizer, plástico ou construtivo. À luz de tal princípio, mesmo onde faldem disposições terminantes de lei, a personalidade humana deve poder ser seguida em tôdas as suas concretas manifestações, tendo em conta as possíveis interferências entre sujeito e sujeito, para assinalar a coordenação correspondente; nisto tem igualmente aplicação aquêlê princípio de igualdade, que ,como

54. Referimo-nos, como é óbvio, às relações típicas do direito privado, prescindindo dos elementos de caráter público, que êles contêm ("Ius privatum sub tutela iuris publici latet"; BACON, 1. cit., Aphor. III). Contudo não nos propomos tratar aqui do problema da distinção do direito em público e privado, o qual aguarda ainda uma verdadeira elaboração filosófica.

vimos, é também um princípio geral de direito. Na fixação de tal coordenação intersubjetiva é perfeitamente admissível que se determinem também verdadeiras e próprias limitações do arbítrio individual, não expressas na lei, e entanto juridicamente válidas, por isso mesmo que se fundam nos princípios gerais a que a lei se refere.

Consideremos um caso concreto. Nenhuma disposição de lei no direito italiano proíbe, por exemplo, que um pintor ou um fotógrafo tire o retrato de uma pessoa, e que o divulgue;⁵⁵ nem semelhante proibição poderia deduzir-se de outras disposições por meio de analogia. A ser verdadeiro o critério acima mencionado, segundo o qual em todos os casos não considerados pela lei a solução jurídica consistiria em *excluir qualquer limitação*, conseqüentemente deveria julgar-se que a dita atividade estava compreendida, sem limite de espécie alguma, na esfera do direito individual. Mas o princípio mais geral e verdadeiro, que abarca, não apenas negativamente, a essência da personalidade humana, princípio que é o *grande subentendido* do sistema jurídico italiano, obriga a um exame mais profundo e, diremos até, mais substancial da mencionada relação. Em confronto com a vontade do artista, de tirar e divulgar o retrato de outrem, deve colocar-se a vontade da pessoa, a quem pode não agradar a divulgação de suas feições. Não pode pois o jurista contentar-se com reconhecer a carência de uma lei em tal matéria; donde se segue apenas a inadmissibilidade de uma restrição de ordem pública, por exemplo, de natureza penal. Deve o jurista encontrar ainda uma solução, que marque o limite no contraste das vontades opostas; e não o pode fazer senão remontando a princípio geral do respeito da personalidade humana, e pondo em relação com êle aquela particular extrinsecação da personalidade, que consiste na fisionomia própria de cada qual. Daqui surge a figura jurídica do "direito sôbre a imagem própria", que vem

55. [A legislação italiana, neste particular, existente ao tempo da primeira edição deste trabalho, foi posteriormente modificada pelo R. Decreto-lei de 7 de Novembro de 1925 n. 1950 sôbre o direito de autor (art. 11 e 13) e pelo novo Código civil de 1942 (art. 10)].

sendo elaborada pelos juristas, não sem aplicações práticas,⁵⁶ e que supõe um fundamento de razão no direito, além dos termos expressos da lei.

Fica entendido que, também neste caso, a afirmação do respeito da personalidade não pode separar-se da afirmação do outro princípio logicamente complementar, que exige a coordenação dos sujeitos juridicamente iguais num regime de possível convivência. Dêste modo, também no que respeita à imagem própria, deve ser tolerada por todos aquela justa e razoável comunicação com outros, que não vulnera a essência da pessoa, antes a reafirma em sua natureza social. Uma proibição absoluta de toda percepção e representação visiva ou gráfica seria concebível somente se o sujeito quisesse, e pudesse, viver num estado de solidão mais ou menos absoluta; ao passo que, sua participação real em relações de convivência concretas e múltiplas implica já, de fato, um consentimento com aquelas comunicações e irradiações objetivas da pessoa, que são sua consequência natural e lógica. Portanto, até que ponto e debaixo de que condições possa fazer-se valer o "direito sobre a imagem própria", que sobremaneira compete a todo sujeito; e quais sejam, inversamente, os limites do "lícito jurídico" de cada um em conhecer, tirar e comunicar as feições de outrem, é coisa que só pode ser estabelecida, tendo em conta, não só os princípios fundamentais há pouco enunciados, como também todas as circunstâncias que concorrem para determinar em concreto cada

56. Cf., acêrca das várias questões sobre o assunto: FADDA e BENZA, op. cit., Vol. I, pp. 654 e ss.; KÖHLER, *Das Eigenbild im Recht* (Berlim, 1903); RICCA-BARBERIS, *Il diritto alla propria figura* (em *Riv. di dir. commerciale*, A. I, 1903, Fasc. III; e *ib.*, A. II, Fasc. VI); ID., *Sul contenuto del diritto al nome e del diritto all'immagine* (separata da "*Corte d'Appello*", Nápoles, 1905); L. FERRARA, *Intorno al diritto sulla propria immagine* (em *Giurisprudenza ital.*, Vol. LV, 1903, p. IV, pp. 279 e ss.); PIOLA-CASELLI (em *Foro ital.*, Vol. XXIX, 1904, p. I, pp. 633 e ss.); BELOTTI (em *Giurisprudenza ital.*, Vol. LVII, 1905, P. I, Sez. II, pp. 231 e ss.); DUSI, *Cenni intorno al diritto alla propria immagine dal punto di vista sistematico e legislativo* (em *Studi Senesi — Scritti in onore di L. Moriani*, Vol. II, Turim, 1906, pp. 209 e ss.); F. FERRARA, *Trattato di diritto civile ital.*, cit., pp. 408 e ss.; etc.

um dos casos. Não é porém a altura de procedermos a êsse exame; baste-nos haver mostrado, a título de exemplo, que também na predita matéria os fundamentos devem ser subministrados pelos princípios gerais do direito, embora legislativamente não formulados.

VII. — Do princípio do respeito devido à personalidade humana — princípio jusnaturalístico, que o sistema italiano aceitou, se bem que não fazendo dêle menção expressa — seguem-se igualmente outros direitos, também êsses não formulados e, não obstante, eficazes na ordem positiva. Não convém dissimular que tôda esta parte do sistema jurídico, se bem que de capital importância, tem sido até aqui deixada um pouco na sombra, tanto pela legislação civil, quanto também pela doutrina que nela se filia.⁵⁷ Contudo os ensinamentos da escola do *ius naturae* são susceptíveis de ainda oferecer ensinamentos valiosos, e não só é lícito, senão que deveria ser obrigatória, inspirarmo-nos nêles para completar a deficiente letra da lei.

Inteira e obscura é, por exemplo, na legislação italiana a noção do direito sobre o próprio corpo;⁵⁸ o qual direito é reconhecido e protegido só indiretamente, por meio das garantias

57. Esta falta de elaboração científica não se nota apenas entre os Italianos; cf., por exemplo, as observações de GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Berlim, 1889), pp. 34 e s.; cf. igualmente KÖHLER, *Des Eigenbild im Recht*, cit., p. 5: "Man sollte es für kaum glaublich halten, dass das erste und heiligste Recht, das Recht an der Persönlichkeit, bis in die neuere Zeit der Anerkennung der Wissenschaft des bürgerlichen Rechts entbehrte". — É manifesta a desproporção existente no Código civil italiano (como em geral nas codificações modernas) entre a parte vastíssima dedicada à propriedade e a parte, excessivamente escassa, concernente aos bens não patrimoniais, quais são os direitos essenciais da pessoa. Esta desproporção (não corrigida, a não ser nalguns pontos, por leis especiais posteriores) pode ser observada, independentemente dos intuítos políticos particulares, que inspiraram, por exemplo, as críticas de MENGER (*Il diritto civile e il proletariato*, ed. ital., Turim, 1894) e de outros.

58. [Esta lacuna da legislação italiana foi, em parte, preenchida pelo novo Código civil, art. 5].

gerais de ordem pública, das leis penais concernentes aos “delitos contra a pessoa”, e, enfim, da lei civil que impõe o ressarcimento do dano em consequência de todo fato culposo. A insuficiência de tal reconhecimento genérico e indireto, tanto para os fins científicos quanto para a resolução dos casos práticos, tornou-se manifesta pelo fato de ser negada por muitos a existência de um direito sobre o próprio corpo, ao passo que entre aqueles mesmos que a admitem há vivas dissensões acerca da natureza e consequências dêle.

Quanto a nós, não resta dúvida que — salva sempre a distinção entre o direito fundamental da personalidade e esta sua determinada extrinsecação — todo homem, enquanto livre e não escravo, tem uma *potestas in se ipsum*, como já ensinava WOLFF,⁵⁹ portanto também um *ius in actiones suas*,⁶⁰ o mesmo é dizer um direito à livre manifestação de sua atividade física, em confronto de quem quer que seja.⁶¹ Este direito de domínio sobre o próprio ser físico e sobre as energias nêle ínsitas pertence à categoria dos direitos absolutos (*erga omnes*); mas encontra seus limites racionais, tanto na ordem jurídica em geral, quanto na qualidade específica de seu objeto, que exclui uma disponibilidade idêntica àquela que o *dominus* tem sobre as coisas exter-

59. WOLF, *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, P. I, § 135.

60. *Ibid.*, § 137; cf. § 138.

61. Daqui, o “direito de trabalho” (ou “direito à liberdade de trabalho”), que não deve confundir-se com o pretense “direito ao trabalho”, enquanto o primeiro significa a legítima pretensão, fundamentada na natural liberdade de cada um, de não ser perturbado no exercício voluntário da própria atividade produtiva, ao passo que o segundo exprime uma exigência de que outrem procure os meios e a compensação por êste exercício; coisa que não pode deduzir-se da pura razão. — Cf., acerca dêste pretense direito, SINGER, *Das Recht auf Arbeit in geschichtlicher Darstellung* (Jena, 1895); GARNIER, *Le droit au travail à l'Assemblée Nationale* (Paris, 1848); RITCHIE, *Natural Rights* (Londres, 1903), pp. 230 e ss.; W. JETHRO BROWN, *The underlying principles of modern legislation* (Londres, 1917), pp. 255 e ss.

nas.⁶² A imediatidade e intimidade da relação que liga a pessoa aos seus membros eleva, sem dúvida, infinitamente o valor dêste objeto mas por isso mesmo o situa *extra commercium*, ou seja, o torna alienável, e priva-o daquele caráter patrimonial, que contradistingue as coisas que são objeto de propriedade.⁶³

62. A conhecida sentença de ULPIANO, que nega precisamente a *propriedade* do corpo ("Dominus membrorum suorum nemo videtur", fr. 13 D. IX, 2), não deve ser entendida como negação de qualquer direito sobre êste objeto. Aliás, também, WOLF, referindo-se aos deveres que limitam o uso do próprio corpo, exclui que o homem tenha sobre êste um *dominium* verdadeiro e próprio (op. cit., §§ 351 e ss.). Com isso, tem êle em mira especialmente provar a ilegitimidade do suicídio; no qual propósito aparece, por outro lado, a fraqueza do seu critério de distinção entre direito e moral.

63. É certo que a propriedade pode igualmente ser entendida num sentido diferente do sentido estritamente jurídico: assim, por exemplo, ROMAGNOLI, partindo de uma "idéia abstrata de propriedade" como "per-tença nua", ou seja, como "afirmação de que um dado modo de ser é próprio de um dado objeto", distingue uma "propriedade pessoal" e uma "propriedade real" (*Instituzioni di civile Filosofia ossia di Giurisprudenza teorica*, P. II, L. II, C. I, §§ 2806 e ss., especialmente 2809; cf. P. II, L. I, C. I, § 2668). Também ROSMINI, "alargando um tanto" — como êle mesmo declara — "o significado ordinário desta palavra", considera como *propriedade* "tutto ciò che la persona ha seco congiunto come parte di sè, ossia come suo"; e chama "*proprietà connaturale tutto ciò che si contiene nella natura umana*" (*Filosofia del diritto*, 2º ed., Intra, 1865, Vol. I, pp. 184, 190, 244). De modo idêntico, PETRONE parte de um conceito generalíssimo de propriedade, para nêle inserir o conceito do direito sobre o próprio corpo, como "primeiro termo da série das apropriações" (*Il diritto nel mondo dello spirito*, Milão, 1910, pp. 113-129). — Não há razão para que nos oponhamos ao uso dêstes termos, desde que se esclareça nitidamente o sentido dêles; mas, por outro lado, é inegável que a sua ambigüidade pode dar aso a confusões e equívocos, que sobretudo em matéria jurídica importa evitar. Cf., acêrca da distinção entre o direito sobre o próprio corpo e o direito de propriedade, FADDA e BENZA, op. cit., Vol. I, pp. 601 e ss.; RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella Filosofia del diritto* (Turim, 1901); F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano* (2º ed., Milão, 1914), pp. 232 e ss.; ID., *Trattato di diritto civile italiano*, cit., pp. 398 e ss.; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., pp. 304 e s.; BRUGI, *Della proprietà*, Vol. I (2º ed., Nápoles, 1918), pp. 492 e ss.

Por conseguinte, nem o corpo pode confundir-se com o próprio sujeito do direito, no qual caso, como freqüentemente tem sido observado, seria impossível conceber um direito sobre ele;⁶⁴ nem, ao invés, pode equiparar-se em tudo às coisas externas, devido à sua natureza peculiar, que necessariamente se reflete também no direito. A tentativa de explicar o direito sobre o próprio corpo, reduzindo-o ao direito de propriedade, funda-se, aliás, numa ilusão: isto é, na crença ingênua de que a relação entre o proprietário e a sua coisa é algo de mais simples, e por si mesmo evidente, do que aqueloutra relação, mercê da qual cada um de nós se sente naturalmente senhor do próprio corpo. Ao contrário, a verdade é que podemos explicar a essência íntima do direito de propriedade só por uma espécie de analogia, moldada pela primeira e natural certeza da pertença imediata de nosso corpo a nós mesmos; de sorte que não logramos elucidar melhor o conceito de propriedade, senão definindo-a como relação idêntica entre uma pessoa e uma coisa, em virtude da qual ninguém pode a seu talante agir sobre essa coisa sem lesar a pessoa.⁶⁵

Mas se a dogmática jurídica, descurando a construção do direito sobre o próprio corpo, dedicou incontestavelmente atenção preponderante ao direito de propriedade, isso se deve apenas à maior complexidade das relações a que dá lugar a propriedade, em razão de suas várias espécies e de seus vários modos de aquisição e de transmissão; bem como também à

64. Cf., por exemplo, ROSMINI, *Filosofia del diritto*, cit., Vol. I, p. 227: "Se la persona è signora, non è signoreggiata, e se è proprietaria, non può essere la cosa propria; essendo questi concetti opposti fra di loro". Cf. igualmente VANNI, *Lezioni di Filosofia del diritto* (4ª de., Bolonha, 1920), pp. 125 e ss.

65. Cf., sobre este conceito, KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, P. I, I, § 1 (2ª ed., p. 55); cf. TIEFTRUNK, *Philosophische Untersuchungen über das Privat — u. öff. Recht* (Halle, 1797-1798), P. I, pp. 179 e ss. — Análogamente, não se esclareceria a relação entre o homem e as suas ações recorrendo ao princípio de causalidade; uma vez que este mesmo princípio, aplicável ao mundo externo, se concebe precisamente graças àquele outro nexos, primeiro e mais íntimo e imediato, que liga o homem às suas ações.

tendência habitual de nosso espírito para esquecer os princípios, quando se trata de atender às conseqüências e deduções. Contudo em matéria jurídica, do mesmo modo que nos demais ramos do saber, cabe à reflexão crítica e filosófica a tarefa de reivindicar e tirar a limpo os pressupostos e também os princípios subentendidos, que facilmente se ocultam sob o peso das superestruturas do mundo empírico, e que por vêzes parecem como que perdidos. Semelhante trabalho não corresponde apenas a uma exigência abstratamente teórica, que denominaremos de justiça cognoscitiva; mas é necessário para assegurar as diretivas ocorrentes até no domínio dos argumentos particulares e dos problemas práticos, onde, de tempos a tempos, e quando menos se pensa, se revela imperiosamente a urgência de remontar a uma noção ou a um princípio de caráter geral, para desfazer um certo nó ou interpretar a natureza essencial de determinado fato. Assim, vimos, por exemplo, como os juristas menos propensos a indagações metafísicas foram obrigados a aprofundar o conceito de "coisa", a fim de resolverem se, sim ou não, era possível o furto de energia elétrica. E, para voltar ao nosso assunto, a questão da validade das disposições concernentes ao próprio cadáver, e outras semelhantes, obrigaram os juristas a remontar ao conceito do direito sobre o próprio corpo; o qual direito, quando a lei é omissa, não pode fundar-se senão num princípio geral.

Exemplos análogos poderiam ser tirados de outros direitos, que são, outras tantas extrinsecções do direito fundamental da pessoa. Esta não é protegida pelo direito somente em sua existência material, mas também em seu ser espiritual, uma vez que efetivamente o direito se adapta, em sua intrínseca realidade, à humana natureza, da qual procede. Não menos que a integridade corporal, a integridade moral da pessoa é objeto de um direito natural; e não menos que a atividade física, a atividade do pensamento. A par do "direito sobre o próprio corpo", e do "direito à liberdade do trabalho", vemos surgir, também na ordem positiva, o "direito à honra" e o "direito à liberdade de pensamento". Ao "direito sobre a imagem própria", sobre o qual falamos há pouco, corresponde, em certo sentido, o "direito ao nome", tanto um como o outro privados

de normas legislativas acomodadas,⁶⁶ mas nem por isso menos dotados de consistência jurídica e de efetiva validade. O direito ao nome prende-se com a exigência fundamental do respeito da personalidade de cada qual; exigência essa que seria precisamente violada, sempre que outrem se atribuísse arbitrariamente aquêles característicos que, como o nome, o estema e semelhantes, contradistinguem uma certa individualidade. Idêntico fundamento tem outrossim a figura do "direito sôbre as obras do talento", ou "direito de autor": o qual, na medida em que compreende a real disponibilidade do produto, como que separado da pessoa, se resolve, é certo, numa espécie de propriedade (a chamada propriedade imaterial), mas comporta igualmente, na raiz, um elemento personalíssimo, mercê do qual se avizinha antes do direito de nome e de outros análogos.⁶⁷

Note-se, em seguida, que, mesmo fora destas extrinsecações diretas, o conceito do valor absoluto da pessoa manifesta-se em todo o direito, refletindo-se igualmente em disposições particulares, aparentemente afastadas dêstes. Aquilo que antigamente se denominou "*favor libertatis*" com referência a uma peculiar ordem de relações, pode entender-se de maneira mais lata como um princípio válido para todo o sistema jurídico, e penetra-o inteiramente. Por inúmeros que sejam os vínculos jurídicos, pelos quais o indivíduo possa estar preso, todavia presume-se, como regra, a sua imunidade relativamente aos mesmos. Na dúvida, as estipulações devem ser interpretadas no sentido menos gravoso para o obrigado (art. 1.137 C. civ. [cf. art. 1.371 do nôvo C. civ.]). A integri-

66. [Também neste ponto a legislação italiana foi modificada, após a primeira publicação dêste trabalho, pelo nôvo Código civil, art. 6-9].

67. Este direito é, de fato, violado de diversas maneiras, se alguém atribui a si a obra do talento de outrem, ou se, embora atribuindo-a ao verdadeiro autor, a reproduz sem o consentimento dêste. Da distinção acima apontada segue-se igualmente que todo aquêle, que tenha cedido a outrem a "propriedade" de uma obra de sua lavra, conserva não obstante o direito (inalienável) de ser reconhecido como autor dela perante quem quer que seja; nem, para esta relação, valem os mesmos limites que para a outra.

dade moral é pressuposta em cada um, como fundamento da obrigação recíproca do respeito: "Quisque praesumitur bonus, donec probetur contrarium". "In dubio pro reo". Considerada a propriedade como explicação do poder natural da pessoa, também se presume ser ela isenta de encargos; o que de modo especial se observa em matéria de servidão: "Quodlibet praedium praesumitur esse a servitute liberum, usque dum probetur contrarium". Onde existem ônus reais, especialmente se com caráter de perpetuidade, há a tendência para reduzi-los ao mínimo e para favorecer a isenção dos mesmos: assim, por exemplo, é reservada ao enfiteuta a faculdade inderrogável de remir pelo aforamento o prédio enfiteutico (art. 1.564 C. civ. [cf. art. 971 do novo C. civ.]). Mediante a liberdade das propriedades, favorece-se e tutela-se, também aqui, a das pessoas.⁶⁸

68. A definição, na verdade não muito feliz, que o Código civil italiano, seguindo o francês, dá da propriedade ("o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, contanto que delas se não faça uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos", art. 436 [cf. art. 832 do novo C. civ.]) pretende essencialmente reafirmar o conceito de que a liberdade, enquanto se exerce sobre as coisas, não pode ser diminuída por imposições ou restrições arbitrárias, especialmente por parte do poder público. São conhecidas as razões históricas que levaram a considerar a coisa principalmente debaixo deste aspecto. Mas isto não significa que o mesmo direito de propriedade não comporte aquelas limitações, que para ele derivam da *ratio iuris*, enquanto precisamente toda explicação da liberdade quer ser igualada ao princípio da coexistência das liberdades. Tal princípio nesta matéria dá lugar, antes de mais nada, a uma espécie de arbitragem do juiz em definir os direitos dos proprietários limítrofes (cf. BRUGI *Della proprietà*, 2ª ed., cit., Vol. I, pp. 169 e ss.); donde, pode também sugerir restrições, determinadas pelo respeito devido necessariamente a outros direitos. A máxima: "Qui iure suo utitur neminem laedit" é profundamente ambígua, e se no seu sentido próprio indica uma óbvia ilação da cientificada existência de um direito, não pode, por outro lado, ajudar a esclarecer o limite de um direito em questão. Do mesmo modo, não tem fundamento racional a fórmula (aliás, estranha também às fontes romanas) que afirma, ao mesmo tempo que o *ius utendi*, o *ius abutendi* como conteúdo jurídico da propriedade. O conceito de uma ilimitada faculdade de prejudicar a outrem, seja embora à base do direito de propriedade, contrasta com o princípio geral ora lembrado, que im-

VIII. — A dificuldade de seguir imparcialmente o dito princípio verifica-se sobretudo numa sua aplicação, que, à primeira vista, parece antes constituir uma negação do mesmo: a saber, a “liberdade de se obrigar”. Não resta dúvida que semelhante liberdade deriva logicamente do poder que todo indivíduo tem sobre si, e é, antes, uma das supremas expressões de tal poder; mas é outrossim manifesto que o seu exercício, precisamente enquanto juridicamente válido e eficaz, tem como consequência uma restrição do arbítrio do indivíduo. A solução desta antinomia já foi indicada pelas teorias jusnaturalísticas, não de certo em suas fases iniciais, mas nas filosoficamente mais avançadas. Admitir, como alguns autores pretenderam, que os pactos de direito natural são eficazes apenas enquanto dura a vontade ou o interesse de mantê-los,⁶⁹ embora salve, na aparência, a liberdade empiricamente entendida, equivale manifestamente a negar a validade objetiva dos mesmos pactos, e por conseguinte conduz, em derradeira instância, a despojar a personalidade humana de um de seus direitos mais elevados e socialmente mais produtivos. Por outro lado, admitir (como igualmente tem sido tentado, em atenção ao mesmo conceito empírico da liberdade) que todo indivíduo pode por moto próprio contrair qualquer vínculo, e dispor, sem limites, não

plica a obrigação do respeito recíproco entre as pessoas; e este princípio é pôsto em relação com o art. 1151 do C. civ. [cf. art. 2043 do novo C. civ.], e também, para determinadas relações, com várias disposições do Código Penal. Julgamos que do mesmo princípio se pode deduzir a ilicitude (fortemente controversa) dos “atos de emulação”; visto que não pode ser conforme à *ratio iuris* — que limita o arbítrio dos particulares apenas para obter uma *repartição* de utilidade — vontade de causar dano a outrem sem uma correspondente vantagem pessoal. A propósito do que, advirta-se que o fim de prejudicar, como único motivo de um ato por si mesmo inútil a quem o pratica, pode perfeitamente ser relevado também pelo direito, que conhece igualmente o lado psíquico das ações, sem que por isso se confunda com a moral; como alhures tentamos demonstrar.

69. “Nemo contrahit, nec pactis stare tenetur, nisi spe alicuius boni, vel sollicitudine alicuius mali: quod fundamentum si tollatur, pactum ex sese tollitur” (SPINOZA, *Tract. theol. polit.*, C. XVI). — Cf. HOBBS, *De cive*, C. II, § XI.

só das coisas exteriores que lhe pertencem, mas também dos direitos essenciais da pessoa,⁷⁰ equivale a desconhecer a característica peculiar destes direitos, pondo-os à mercê do arbítrio, quando êles se fundam somente na natureza humana, da qual são inseparáveis. Ambas as doutrinas, entre si antitéticas, terminam, por esta forma, renegando, de fato, aquêle mesmo princípio da liberdade natural, que pretendiam defender da maneira mais rigorosa.

A correção do êrro comum às duas doutrinas opostas, bem como a síntese superior da parte de verdade que nelas se oculta, está no conceito da *vontade racional*, que na aparência é mais estreito que o mero e indistinto arbítrio, mas dotado de consistência infinitamente maior, uma vez que corresponde às próprias raízes de nosso ser. Nem todo ato do querer empírico pode, na verdade, servir de fundamento a um pacto; pelo contrário, sendo a vontade humana "*ambulatoria usque ad vitae supremum exitum*",⁷¹ ela, empiricamente considerada esgota-se, de quando em quando, no próprio objeto, e não consegue constituir por si uma lei. A virtude obrigatória, ou seja, a capacidade de constituir uma lei, deriva, para a vontade, do ato pelo qual ela se volve sobre si mesma, ato que se cumpre mediante a razão, e que permite que a mesma vontade se afirme como expressão do caráter absoluto (ou *numênico*) da pessoa. Só quando por tal forma fôr superada a ordem empírica, os atos futuros podem ser dominados pela deliberação presente. Daí procede que nem todo o ser vivente, embora dotado de vontade em sentido lato, pode obrigar-se válidamente, mas tão-só um ser racional; e a racionalidade deve aqui encontrar-se *em ato*, e não em mera potência. Requer-se, portanto, uma personalidade evoluída e na plena posse de reflexão consciente, imune de impedimentos extrínsecos ou intrínsecos, que de qualquer

70. Cf., por exemplo, a argumentação de GRÓCIO: "Licet homini cuique se in privatam servitutem cui velit addicere", etc. (*De iure belli ac pacis*, L. I, C. III, § VIII, 1). Cf. a refutação feita por ROUSSEAU, *Du Contrat social*, L. I, Cap. IV.

71. ULPIANO, fr. 4 D. XXXIV, 4.

maneira perturbem sua faculdade de eleição e o próprio uso do raciocínio.

Além dêste requisito *a parte subiecti*, importa considerar um outro *a parte obiecti*, aliás conexo com o primeiro. Não se pode contrair, nem mesmo querendo, uma obrigação relativa a todo objeto, mas tão-sòmente relativa àquilo que não lese o caráter absoluto da pessoa, quer no próprio sujeito que se obriga, quer em outrem. O conteúdo da obrigação voluntariamente assumida não pode estar em oposição aos fundamentos da ordem jurídica em geral, a qual precisamente se apoia na tutela dos fins próprios da humana natureza.

Portanto, a capacidade de se obrigar não subsiste *sic et simpliciter*, mas subordinadamente a êstes limites, subjetivos e objetivos, a observância dos quais faz que o ato de quem se vincula seja explicação e não negação de liberdade. Neste sentido pode asseverar-se que a validade dos pactos livremente consentidos é um princípio geral de direito; nem só do direito privado (cf. art. 1.123 C. civ. [art. 1.372 do nôvo C. civ.]), mas também do direito público, e tanto nas relações do direito interno, como das do direito internacional. Por outro lado, não se esqueça que, embora admitido e definido teòricamente êste princípio, permanecem todavia não leves dificuldades na sua aplicação às diversas matérias e aos diversos casos. Por vêzes (p. ex., em matéria de pactos constitucionais) surgem incertezas acêrca da natureza e da continuidade jurídica do sujeito que tivesse assumido a obrigação;⁷² outras vêzes, (especialmente no que tange aos tratados internacionais) a interpretação da vontade de se obrigar dá origem a graves discussões, na medida em que muitos presumem que esta vontade está tácitamente subordinada à persistência de certas condições de fato, suprimidas as quais, deixaria de existir a obrigação (*cláusula rebus sic stantibus*): argumento perigoso, do qual é muito fácil abusar, e que, no caso de abuso, conduz diretamente à abolição

72. A questão, por exemplo, se e até que ponto uma geração pode obrigar as gerações subseqüentes, foi discutida pelos antigos autores de direito natural; e apresenta-se ainda agora, debaixo de outras formas, em problemas de direito constitucional e internacional.

da validade de qualquer pacto. Mas, mesmo que a subsistência e o conteúdo do pacto não ofereçam dúvidas, outras dificuldades podem sobrevir na verificação da validade em relação aos requisitos acima mencionados. Citemos apenas um exemplo: é certo que, para o direito natural como para a legislação italiana, seria nulo um pacto de se entregar à servidão, pacto que, entanto, era admitido em direito bárbarico;⁷³ e justamente, segundo o mesmo conceito, o Código Civil italiano sancionou a nulidade do pacto mediante o qual alguém se obriga a trabalhar ao serviço de outrem, a não ser por um tempo ou numa empresa determinada (art. 1.628 [cf. art. 2.097, 2.118 do novo C. civ.]). Mas *quid iuris* no caso em que alguém se obrigue, digamos, a não exercer determinada atividade ou profissão durante um tempo e em dado lugar, ou também em qualquer lugar e por toda vida? A questão surgiu em concreto, como se sabe, por causa das chamadas "cláusulas de concorrência";⁷⁴ e não faltaram autores que defenderam a invalidade de semelhantes cláusulas, precisamente em virtude do princípio geral de direito, que torna inalienável a liberdade do ser humano.⁷⁵ Ora esta liberdade compreende igualmente, como vimos, a liberdade de se obrigar; e o problema ressurgiu então substancialmente como problema de limites, pois não resta dúvida que uma obrigação de não fazer é, em princípio, tão válida quanto uma obrigação de fazer, e igualmente compatível com o princípio da liberdade essencial do sujeito. Interessa também examinar se a restrição introduzida por aquelas cláusulas à atividade produtiva não é tal que suprima no sujeito

73. Cf. CALISSE, *Storia del diritto italiano*, Vol. III (Florença, 1891), pp. 14 e s.

74. [Esta matéria, durante muito tempo descuidada pela legislação, recebeu um princípio de disciplina jurídica, em relação ao contrato de emprego privado, pelo Decreto-lei de lugar-tenente de 9 de Fevereiro de 1919, n. 112, art. 10, e pelo R. Decreto-lei de 13 de Novembro de 1924, n. 1825, art. 8. Veja-se agora o novo Código Civil, art. 2125 e 2596].

75. Cf., neste sentido, SRAFFA, *Le clause di concorrenza* (em *Studi giuridici dedicati a F. Schupfer*, Vol. II, Turim, 1898, pp. 349-378, especialmente pp. 371 e s. Cf. KÖHLER, *Die Ideale im Recht* (em *Archiv für Bürgerliches Recht*, Vol. V, 1891), pp. 208 e ss.

a possibilidade de explicar a sua natureza e de afirmar, mediante o trabalho, a sua personalidade; no qual caso, deveria ser pronunciada a nulidade do pacto.⁷⁶ Tal exame deve necessariamente ser levado a efeito, caso por caso; mas, em geral, considerar-se-á inadmissível um vínculo que se estenda além de certo espaço e de certo tempo,⁷⁷ e que compreenda mais do que uma parte relativamente restrita da possível atividade do sujeito.

Nem podemos racionalmente queixar-nos da demasiada generalidade de tais critérios, visto fazer parte da índole dos princípios jurídicos o assinalar só as diretivas conceptuais, deixando a cargo do intérprete a adaptação definitiva e concreta às várias particularidades dos casos singulares. Só uma concepção errônea da Jurisprudência poderia admitir em seus critérios aquela mecânica rigidez, que convertesse o juiz num autômato, e do *summum ius*, segundo, o adágio antigo, fizesse uma *summa iniuria*. De uma aparente maior determinação dêesses critérios derivaria, não já uma correspondência mais perfeita dêeles com todos os casos concretos, mas uma dificuldade maior de proceder em conformidade com o espírito dos mesmos, em relação à realidade sempre nova e sempre diferente. O organismo jurídico renova-se, ou seja, vive, precisamente graças ao fecundo contacto entre a generalidade dos princípios racionais e os inúmeros dados da empíria. Se aquêles sem êstes são ocos, por

76. Isto também fora dos casos típicos das cláusulas de concorrência em matéria de comércio e de indústria. Sem dúvida, seria válida, por exemplo, uma convenção, pela qual um músico se obrigasse a não tocar em determinadas horas do dia, em atenção ao sossêgo de seu vizinho; ao invés, seria nula a obrigação que êle assumisse de nunca mais tocar em nenhum lugar, pois que isso implicaria uma diminuição essencial de sua personalidade.

77. Por exemplo, o Código de Comércio germânico (de 1897) estabelece que "a limitação à atividade do caixeiro não pode ir além de três anos, desde o momento em que termina a relação de dependência" (§ 74). Cf. KÖHLER, op. cit., pp. 212 e ss.; STAUB, *Komentar zum Handelsgesetzbuch* (6ª ed., Berlim, 1900), Vol. I, pp. 288 e ss.; SRAFFA, op. cit., p. 370; RAVÀ, *Le clausole di concorrenza* (separata da *Riv. di dir. commerciale*, I, 1903), pp. 14 e ss.; FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., pp. 239 e ss.

seu turno êstes sem aquêles são cegos; pelo que, é tão prejudicial para a teoria o desdenhar da matéria da experiência, como para a prática do desdenhar daqueles princípios, que, não obstante seu caráter geral, ou antes graças a êle, servem de amparo e de luz nas vicissitudes da realidade variável.

IX. — Seja-nos permitido ajuntar umas quantas considerações, a modo de epílogo de tudo quanto fica exposto.

A escola do direito natural propôs-se e propõe-se essencialmente defender a *não arbitrariedade* do direito, ou seja, a existência de uma relação necessária entre a substância intrínseca das coisas e as respectivas regras de direito. Também o princípio, sôbre o qual nos apoiámos, do direito inato e absoluto da pessoa corresponde a êste propósito fundamental: pois com êle se afirma precisamente que a natureza real do homem implica um elemento de transcendência, uma insuprimível, e por isso inalienável, faculdade de superar a ordem fenomênica e de encontrar em si a sua determinação: numa palavra, a autonomia. O direito não pode deixar de reconhecer êste "fato", nem negar-se a levá-lo às suas conseqüentes aplicações.

Segundo o mesmo critério metodológico, fica patente o caminho à pesquisa do direito correspondente a tóda espécie de realidade, na medida em que envolva relações entre pessoa e pessoa.⁷⁸ Tal pesquisa, que se leva a efeito por meio da razão ("ex ratiocinatione animi tranquill"), como dizia THOMASIVS,⁷⁹ termina ôbviamente nas normas jurídicas positivas, as quais

78. Uma referência, pelo menos indireta e hipotética, a uma *relação intersubjetiva* deve encontrar-se em tóda proposição jurídica, pois que precisamente nisto consiste a juridicidade. Também aquilo que parece ser simples enunciação, no domínio do direito, supõe na realidade uma avaliação, que termina, como em primeira medida, numa certa apreciação da pessoa. Esta apreciação deve portanto ocupar o pôsto central no sistema da Jurisprudência, e é prôpriamente o primeiro de seus princípios (cf. acima, § V). As demais determinações, embora de caráter geral, dependem, de algum modo, dela, e a ela se podem reconduzir, como aparece pelos exemplos citados e por aquêles que seguem.

79. THOMASIVS, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, L. I, C. V, § 29.

representam já, de fato, uma tentativa de solução do mesmo problema. Em muitos casos, e assinaladamente quando se trata de reconhecer necessidades puramente lógicas ou exigências imediatas do nosso ser, os ditames do *ius naturae* ou da *naturalis ratio* revelam-se, a um tempo, como elementos do direito positivo, e precisamente como substrato dêle, que se conserva e transmite através de suas mutações. Que, por exemplo, ninguém possa transferir a outrem mais direito do que êle próprio tem;⁸⁰ que à violência seja lícito opor a violência, e que todos tenham a faculdade de se defender da agressão;⁸¹ que em tôdas as coisas as vantagens devam pertencer àquele a quem pertencem as desvantagens;⁸² que ninguém possa enriquecer-se indevidamente com dano de outrem;⁸³ êstes e quejandos critérios, tomados da razão jurídica natural, e em tal sentido afirmados já pelos juristas romanos, denotam igualmente princípios informadores das leis vigentes, quer estas os formulem de maneira expressa, quer os pressuponham como máximas implícitas ou subentendidas, suprimidas as quais muitas disposições particulares perderiam seu sentido.

A necessidade de recorrer a ditos critérios, e em geral à razão jurídica natural, é mantida viva pela inevitável imperfeição de todo direito positivo; de sorte que não seria possível prescindir de tal recurso, embora faltasse, como falta noutras legislações (p. ex., no Código Napoleônico e no Código Civil Germânico), um apêlo formal, como o do art. 3 das Disposições preliminares ao Código Civil Italiano. Aquela exigência fundamental, que inspira as teorias jusnaturalísticas, e que se denomina em sentido lato *equidade* — considerar todos os elementos da realidade, para determinar e equilíbrio ou a proporção

80. "Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet" (ULPIANO, fr. 54 D. L, 17).

81. "Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque ius natura comparatur" (ULPIANO, fr. 1 § 27 D. XLIII, 16). — "Adversus periculum naturalis ratio permitti se defendere" (GAIO, fr. pr. D. IX, 2).

82. "Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda" (PAULO, fr. 10 D. L, 17).

83. "Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore" (POMPÓNIO, fr. 206 D. L, 17).

correspondente nas relações entre pessoa e pessoa — não pode ser rejeitada pela legislação positiva; a qual, após haver procurado suprir, à sua maneira, essa exigência, deve acabar por admitir que ela se faça valer diretamente, mediante a só consciência do juiz, em todos os casos não contemplados por disposições precisas, nem resolúveis ao menos analógicamente por seu meio.⁸⁴ Merece ser notado que, em determinadas matérias, o próprio legislador deliberadamente se abstém de fixar uma norma, declarando remeter-se àquele critério de razão natural, que é pressuposto como fundamento intrínseco do direito. Um exemplo disto nos oferece o art. 463 do Código Civil Italiano, que declara: “o direito de acessão, quando tem por objeto coisas móveis pertencentes a diversos proprietários, é regulado pelos princípios da equidade natural”.⁸⁵ Evocações idênticas se contêm ainda, como é sabido, em muitos outros casos, quer no mesmo Código (cf., p. ex., os arts. 578, 1.124, 1.652, 1.718 [cf. arts. 1.374, 2.263, etc. do novo Cod.], quer noutras leis. Nem, para diminuir-lhes o significado, se diga que em todos estes casos o poder mais vasto do juiz deriva da vontade do legislador, visto que a mesma observação pode fazer-se também a respeito do art. 3 das Disposições preliminares; e isto prova somente que o legislador teve consciência da necessária fraqueza de suas determinações, ou seja, dos limites próprios da positividade do direito, em comparação com o inexaurível germinar do mesmo direito a partir da natureza.⁸⁶

84. Que a “natureza dos fatos” — “se bem que não seja configurada numa lei, nem num costume” — possa constituir por si mesma uma fonte do direito, e guiar a sentença dos juizes, é o que declara, por exemplo, VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Vol. I (4ª ed., Milão, 1912), pp. 91 e ss.

85. As disposições ulteriores não destroem esta máxima, mas tendem somente a facilitar a obra equitativa do juiz.

86. Note-se que, entendendo a equidade no sentido mais amplo, isto é, como a exigência da adequação da realidade na forma do direito, ela compreende em si também os “princípios gerais de direito”, visto estes se apresentarem como um meio para obter precisamente aquela adequação em determinadas ordens de relações. O recurso genérico à equidade, quando falta uma norma precisa de lei, não faz mais do que

Contudo nem sempre é igualmente fácil a integração das normas legislativas, porque nem sempre o direito positivo se processa em conformidade com as diretivas assinaladas pela razão jurídica natural, de maneira que se situe, relativamente a esta, numa simples relação de espécie para gênero, ou de consequência para premissa (por *determinação* ou por *conclusão*, segundo a terminologia tomística).⁸⁷ As normas positivamente sancionadas podem também não corresponder em tudo aos princípios tomados da razão, podem até contradizê-los em parte, ou modificá-los ou restringi-los de várias maneiras. Onde se verifique semelhante contraste, não resta dúvida que, na reconstrução do sistema jurídico positivo, e nomeadamente na aplicação do mesmo à esfera judicial, o intérprete deve ater-se às leis tais quais elas são, e não quais segundo os puros princípios deveriam ser. Um método diferente conduziria inevitavelmente a quebrar a unidade do sistema, confundindo a todo ins-

afirmar aquela exigência, e convidar a que encontremos o critério jurídico correspondente à natureza do caso em questão. Por esta forma, por exemplo, o princípio geral que exclui o enriquecimento indevido, e o que afirma o favor devido à liberdade, e outros análogos, poderiam ser empregados oportunamente, segundo as circunstâncias, pelo juiz ao resolver os casos compreendidos nos artigos acima citados, tendo sempre em conta a natureza concreta e individual dos mesmos casos.

Aliás, convém não esquecer que, também na aplicação de normas precisas de lei, resta sempre ao juiz uma certa margem, mais ou menos larga, para o exercício do seu prudente critério, no âmbito assinalado pelas mesmas normas. O conceito geral de equidade (que, de maneira nenhuma significa mitigação, mas sim, como antes foi notado, exata apreciação de todos os elementos de fato, enquanto podem ter força para o direito) explica-se, portanto, não só no sentido de sugerir uma norma, quando esta falta, mas também subordinadamente às normas existentes, para promover a aplicação melhor apropriada das mesmas. Pelo que, isto constitui uma fonte perene de renovação e de reintegração para todo o organismo jurídico.

87. "A lege naturali dupliciter potest aliquid derivari: uno modo, sicut conclusiones ex principiis; alio modo, sicut determinationes quaedam aliquorum communium", etc. TOMÁS DE AQUINO, *Summa theol.*, 1^a 2^{as}, Quaest. 91, Art. 2. Acêrca dos possíveis desvios da lei positiva, relativamente à lei natural, e da obrigatoriedade das leis injustas, cf. *ib.*, Quaest. 96, Art. 4.

tante o *ius conditum* com o *ius condendum* e a função do juiz com a do legislador e, conseqüentemente, tirando ao direito positivo aquela certeza que, enquanto tal, não pode deixar de lhe pertencer.⁸⁸ Os próprios juristas romanos, muito embora não interpretassem com o mesmo rigor que nós a distinção entre a função legislativa e a judiciária, guiaram-se, no fundo, por êste mesmo conceito; e eventualmente souberam declarar: "Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est".⁸⁹ Assim, por exemplo, o saber que por direito natural todos os homens são livres e iguais — "quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt"⁹⁰ — não impediu que a jurisprudência romana reconhecesse, na ordem positiva, a distinção "contra naturam" entre livres e escravos e elaborasse tècnica-mente o instituto da escravidão.

Contudo isto não significa que, também em tais casos, os princípios do direito natural permaneçam sem efeito na ordem positiva. Tais princípios, quando retamente deduzidos da razão, correspondem a uma realidade íntima, que pode ficar latente sob o invólucro de fórmulas ou mecanismos factícios, mas que é eternamente viva e operosa. O mesmo exemplo há pouco citado nos subministra clara ilustração disto: quem ignora que a personalidade jurídica do escravo teve no direito romano reconhecimento parcial e indireto, mas tanto mais significativo em face da sua negação dogmática? Não só se admitiu que o escravo pudesse fazer promessas e participar nos *collegia funeraticia*, e se reconheceu, em suma, sua personalidade jurídica no direito sacro;⁹¹ não só foram juridicamente considerados também entre os escravos os laços de sangue, na medida em que daí podiam derivar impedimentos para as núpcias depois

88. "Legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec justa esse possit". BACON, op. cit., Aphor VIII.

89. ULPIANO, fr. 12 § 1 D. XL, 9.

90. ULPIANO, fr. 32 D. L, 17; cf. fr. 4 D. II 1 (ID); fr. 4 § 1 D. I, 5 (FIORENTINO); fr. 64 D. XII, 6 (TRIFONINO); fr. 2 D. XL, 11 (MARCIANO); § 2 Inst. I, 3.

91. Cf. FERRINI, *Pandette*, cit., § 41.

de obtida a manumissão;⁹² como também se reconheceu ser o escravo de fato (*naturaliter*) capaz de declarar uma vontade, e portanto de efetuar negócios jurídicos, de obrigar-se e de adquirir direitos; donde, a possibilidade de relações de dar e haver entre o escravo e o patrão, e até a possibilidade para o escravo de adquirir a liberdade, pagando êle próprio o preço dela com o seu pecúlio ("suis nummis").⁹³ Assim, no manifesto dissídio entre o direito natural e o positivo, vemos que êste aceita mitigações, que preconizam historicamente o triunfo daquele.

Mas, prescindindo embora dos casos extremos de antíteses substanciais, que não podem ser freqüentes, sobretudo nos regimes mais progressivos, há, não obstante, um motivo de discrepância quase inabolível entre os princípios do direito natural e as normas jurídicas positivas: pelo fato de estas tenderem a fixar-se em fórmulas rígidas, aptas a representar esquematicamente a realidade, enquanto aquelas dizem respeito diretamente à própria realidade, e exprimem as exigências atuais que brotam da natureza íntima de toda relação. O legislador (como acertadamente já o observava SCIALOJA) não pode renunciar àquele "organismo de presunções, ficções e formalidades propriamente ditas, que torna mais segura e fácil a aplicação do direito";⁹⁴ não pode, por exemplo, deixar que o juiz examine com seu exclusivo critério, de quando em quando, o grau de maturidade psíquica de cada indivíduo, para determinar a capacidade de êste se obrigar; senão que êle próprio marca o limite da maioria, como fixo e válido para todos, não obstante o

92. "Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater et filia, aut frater et soror manumissi fuerint" (§ 10 Inst. I, 10).

93. Isto enquanto teóricamente o patrão teria podido reter juntamente escravo e pecúlio. Cf. FERRINI, op. cit., §§ 42-45; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (5ª ed., Milão, 1912), p. 40. Portanto, não sem razão JHERING sintetizava o instituto da escravidão nas seguintes palavras: "Die rechtliche Qualität der Sache war die Schale, die den Keim der Person in sich barg und schützte" (*Geist des römischen Rechts*, cit., P. II, S. I, § 32, p. 170).

94. Cf. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 7.

desenvolvimento das faculdades naturais se apresentar mais ou menos rápido nos diversos indivíduos. A necessidade de certeza objetiva, própria de todo ordenamento jurídico positivo, induz a formular tais construções, que de algum modo se sobrepõem à realidade originária e a substituem.

Daqui se segue que a validade legal de um ato pode não coincidir exatamente com a existência natural do mesmo ato. O progresso jurídico tende indiscutivelmente para aproximar o mais possível estes dois termos, reduzindo ao mínimo os requisitos formais *ad substantiam* e as prescrições da praxe: típica é, neste sentido, a evolução levada a cabo pelo direito romano, especialmente no campo do processo civil.⁹⁵ Em geral, pode dizer-se que no direito o espírito vem prevalecendo sempre cada vez mais sobre a letra; e é um vitória do espírito, por exemplo, a máxima aceita no Código Civil Italiano, pela qual os contratos devem ser cumpridos "de boa fé", e obrigam não só a quanto nos mesmos vem expresso, como também a todas as consequências que deles derivam "segundo a equidade", bem como segundo o uso ou a lei (art. 1.124 [cf. arts. 1.366, 1.374, 1.375 do novo C. civ.]); e igualmente, na mesma matéria, a máxima pela qual "nos contratos se deve indagar qual tenha sido a comum intenção das partes contraentes, mais do que ater-se ao sentido literal das palavras" (art. 1.131 [cf. art. 1.362 do novo C. civ.]); as quais máximas, note-se de passagem, são por si mesmas, uma refutação concreta daquela errônea doutrina, que excluísse da apreciação jurídica o elemento interior ou psíquico das ações humanas.

Na medida porém em que o direito positivo conserve (e porventura jamais poderá despojar-se inteiramente deles) requisitos de formas ou condições extrínsecas rigorosamente determinadas, a parte de realidade que deles exorbita permanece sob o império da razão jurídica natural; e isto não deixa de ter importância para a ordem positiva. Existem relações de vida que, desenvolvendo-se entre diversos sujeitos, e implicando

95. Cf. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* (em *Saggi di diritto processuale civile*, Bolonha, 1904), pp. 199 e ss.

determinada correlação de seus arbítrios, possuem índole jurídica, se bem careçam de alguns dos elementos positivamente requeridos para sua validade. Uma vez que tais relações são reais, e surgem em relação àquelas mesmas exigências, que têm o reconhecimento e a defesa das normas jurídicas positivas, não podem ser simplesmente ignoradas por estas, nem colocadas sem mais na categoria do ilícito; portanto, devem ser de algum modo reconhecidas em sua existência e nos efeitos que naturalmente daí se seguem. Note-se que a tarefa perpétua e a perpétua crise do direito positivo, o qual, para sustentar-se, precisa de uma estruturação dogmática, é levado pela mesma natureza das coisas a transcender, em certo modo, seus próprios dogmas, para voltar a unir-se, em mais ampla esfera de verdade, àqueles princípios donde brotou, e que permanecem em si inexauríveis.

Consideremos por exemplo, a obrigação contratual assumida (numa causa lícita e com pleno discernimento) por uma pessoa de menor idade, embora já próxima da maioridade. Tal obrigação é regularmente nula (art. 1.106 C. civ. [cf. art. 1.425 do novo C. civ.]); apesar disso, ela existe e constitui um vínculo, que a razão jurídica natural não pode negar, e que além disso se mostra praticamente eficaz. Ninguém ignora que contratos desta espécie se fazem com muita frequência, e na experiência quase não se distinguem dos outros, cumprindo a função que em geral é própria dos contratos, sem que, via de regra, alguém tenha motivo para invalidá-los. Ora, qual é a atitude do direito positivo em face deles? Para o direito romano, como é sabido, obrigações contraídas por pessoas civilmente incapazes constituíam casos típicos de *obligationes naturales*; ora, não obstante a diferença de construção, não me parece possível abandonar de todo o conceito fundamental, em que se apoiava a doutrina romana. A distinção entre a nulidade relativa e a inexistência dos negócios jurídicos é capital para o nosso direito, e funda-se precisamente no reconhecimento de que a falta de certos requisitos ou a inobservância de certas formalidades não destrói a existência real de um ato substancialmente completo, nem o priva de seu natural significado. Uma obrigação da espécie apontada não é aparência vã, nem representa algo

de ilícito, que o direito deva reprimir; tem pois existência jurídica, e não pode deixar de receber do direito certa tutela, embora parcial e indireta, como, de fato, vemos que acontece. Enquanto um simulacro de obrigação, contraída, p. ex., por um louco naturalmente incapaz de consentir, não admite ratificação ou confirmação (*quod non est, confirmari nequit*), nem oferece base para uma relação de garantia, uma e outra coisa são possíveis no caso primeiramente mencionado (cf. arts. 1.309 e 1.899 cap. C. civ. [arts. 1.444 e 1.939 do novo C. civ.]). Sobretudo, uma obrigação existente, mas só anulável como a precedentemente indicada, permanece válida e eficaz, segundo a própria lei positiva, enquanto não fôr impugnada pela única parte, que tenha faculdade para tal; não podendo a pessoa capaz de se obrigar opor a incapacidade do menor, com o qual contratou (art. 1.107 C. civ. [cf. art. 1.441 do novo C. civ.]). O respeito devido à pretensa incapacidade do menor deve ser conciliado com o respeito devido, por princípio geral, à boa fé; contudo a obrigação não pode ser impugnada pelo menor que se tenha valido de enredos ou de meios dolosos para ocultar sua qualidade de menor (art. 1.305 C. civ. [cf. art. 1.426 do novo C. civ.]). Como *ultima ratio* em caso de anulação, permanece salva a ação *de in rem verso* ou de indébito enriquecimento em favor do menor, segundo outro princípio geral já recordado (cf. art. 1.307 C. civ. [art. 1.443 do novo C. civ.]).

O complexo destas disposições mostra suficientemente que o direito positivo italiano não ignora de todo o *vinculum aequitatis*, que pode subsistir naturalmente mesmo fora das condições prescritas para a validade dos contratos; e mostra também que o fato de o legislador haver fixado tais condições, embora simplifique sob certo aspecto o trabalho do juiz, contudo não o elimina: podendo ocorrer precisamente que estabeleça, se, por exemplo, à falta da capacidade legal, existe todavia no menor uma "capacidade de fato", tal que deva reputar-se existente, embora relativamente nula, uma sua obrigação contratual. Que, em seguida, semelhante realidade, não conforme aos requisitos fixados pelo direito positivo, possa, não obstante, ser apreciada para determinados efeitos no âmbito do mesmo direito; isto prova que neste continua viva, e se manifesta me-

diante suas mesmas limitações, aquela exigência da razão jurídica natural, fora da qual não só os princípios gerais, como também as normas singulares vigentes, não seriam retamente entendidas.⁹⁶

X. — Como é sabido, o Código Civil Italiano apela para as obrigações naturais, somente a propósito da repetição do indébito (art. 1.237 cap. [cf. art. 2.034 do novo C. civ.]); mas não dá uma definição delas, nem um elenco de suas espécies possíveis, nem uma indicação de seus efeitos, salvo no ponto de vista mencionado. Donde, pensaram alguns que tal conceito comporta em si algo de "misterioso"; e, pela dificuldade em harmonizá-lo com os outros conceitos do direito positivo, chegou-se até a propugnar que êle não tinha consistência de verdade no sistema italiano, mas que representava uma remi-

96. Poderia fazer-se análogo raciocínio, por exemplo, a propósito da filiação natural em comparação com a filiação legítima. A relação natural entre os genitores e os filhos é, de certa maneira, reconhecida, e produz determinados efeitos jurídicos, até fora das normas que regem o instituto da família. Nem sequer a proibição de investigação de paternidade (art. 189 do C. civ. [cf. art. 278 do novo C. civ.]) impede que, à base dos princípios gerais, se possam reconhecer certos direitos à mulher que ilegitimamente foi mãe. Exemplos semelhantes poderiam ser igualmente tirados de outras ordens de relações. Parece que, uma vez determinadas pelas leis as formas da proteção do segredo industrial, a tutela jurídica devesse depender inteiramente da observância de tais formas; mas quem se apodera de um segredo industrial alheio, antes que êle seja registrado, não escapa à responsabilidade de ordem geral, pelo fato do *damnum iniuria datum*. Também aqui a *iniuria* se determina em razão dos princípios gerais (cf. acima, n. 23 no fim; cf. BRUGI, em *Riv. del dir. commerciale*, Vol. XI, 1913, P. II, p. 960; CIVETTA, *ib.*, Vol. XVII, 1919, P. II, pp. 157, 162). — Sob aspecto análogo poderiam igualmente considerar-se todos os casos da chamada *conversão* dos negócios jurídicos: onde, por exemplo, um ato público não válido como tal por defeito de forma ou incompetência ou incapacidade do oficial pode valer como escritura privada (art. 1361 C. civ. [art. 2701 do novo C. civ.]). O direito positivo tende, em suma, a salvar tudo quanto é possível da efetiva e natural realidade das relações humanas, compreendendo-a em círculos mais vastos de normas, segundo um princípio que poderemos denominar *da maior adequação possível*.

niscência ôca das teorias jusnaturalísticas. Com o que, por singular coincidência, tombou-se num êrro característico do jusnaturalismo menos evoluído, mas que êste mesmo corrigiu no transcurso de sua história: a saber, negou-se simplesmente um elemento do direito positivo, pelo fato de êle não corresponder a um preconceito de seus intérpretes. A existência de obrigações naturais, a par das civis, no sistema do direito vigente não pode ser posta em dúvida, sem substituir arbitrariamente por um pensamento pessoal o pensamento expresso *apertis verbis* pelo legislador, contrariamente à norma (art. 3 Dispos. prelim.) que manda atribuir às palavras da lei o próprio significado.⁹⁷

Aliás, afigura-se-nos que a indeterminação, em que o legislador deixou o conceito das obrigações naturais, se justifica, ao menos em parte, pela índole do mesmo conceito, e pela função que lhe é assinalada no organismo do direito vigente. Como dissemos, a vida dêste organismo tem como condição uma certa possibilidade de renovação, que é facilitada pela presença nêle de "órgãos respiratórios", segundo a feliz imagem de POLACCO,⁹⁸ ou seja, de conceitos capazes de assumir, na unidade do próprio significado, um conteúdo empíricamente variável. Tais conceitos, por outros denominados "conceitos válvulas",⁹⁹ ou também "órgãos de adequação",¹⁰⁰ servem justamente para manter o necessário equilíbrio (não estático, mas dinâmico) entre o sistema jurídico e os elementos que o circundam. Do mesmo modo que o legislador italiano não definiu, por exemplo, o con-

97. Isto é oportunamente lembrado por BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., p. 443, e por POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Vol. I (2ª ed., Roma, 1914), p. 107. (Cf. igualmente BRUNETTI, *Le obbligazioni naturali secondo il Codice civile italiano* (em *Scritti giuridici vari*, Vol. III, Turim, 1920), pp. 201 e ss.

98. POLACCO, *Le cabale del mondo legale* (separata de *Attidel R. Istituto Veneto*, Veneza, 1908), p. p. 172. Cf. MICELI, *Principi di Filosofia del diritto* (Milão, 1914), pp. 351 e s.

99. WURZEL, *Das juristische Denken*, cit., p. 86.

100. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 210.

ceito de "bons costumes" ou o de "ordem pública", mas se limitou a apelar para êles *sic et simpliciter*, deixando-lhes propositadamente certa elasticidade, assim também não foi ao acaso que êle afirmou só em geral a existência de uma outra categoria de obrigações, além das obrigações civis: uma categoria de obrigações que, embora, por um ou por outro motivo técnico, não dêem lugar a uma exigibilidade judicial, têm todavia certa base numa relação bilateral, na qual os dois sujeitos se contrapõem à maneira de devedor e de credor, de sorte que a satisfação voluntária do "débito" assume entre as duas partes o significado de um pagamento, e como tal é igualmente reputada pelo direito.¹⁰¹

A função igualadora ou equitativa, própria desta categoria no sistema italiano, resulta, por esta forma, da mesma amplitude, com a qual o legislador a admitiu, sem lhe fixar especificamente os requisitos nem os limites; deixando, portanto, ao critério do juiz o ponderar quais os elementos que, numa relação entre mais de uma pessoa, podem constituir entre estas um vínculo e um débito juridicamente apreciável, se bem que desprovido de ação.

Portanto, não sendo aceitável a tese que nega a existência de obrigações naturais no direito italiano, tampouco se pode admitir a tese que restringe tal existência a um só caso, ou então àqueles dois casos, para os quais o legislador concedeu, com particulares disposições, a *soluti retentio*, sem a ação correspondente. Pois que um de tais casos — aquêle que se refere aos interesses não combinados ou que excedem a medida combinada (art. 1.830 C. civ.) —, embora dando lugar por outros motivos à *soluti retentio*, não possui a estrutura de uma re-

101. Contudo não pretendemos negar que uma declaração mais pormenorizada, nesta matéria, por parte do legislador, tivesse sido possível e oportuna; tanto mais que a falta de qualquer definição do conceito de obrigação natural, em vez de estimular (como teria podido esperar-se) a uma certa amplitude em interpretá-lo e aplicá-lo, induziu, ao invés, a mostrar-se excessivamente reservado; talvez também pela tendência positivista, que até agora prevaleceu nas disciplinas jurídicas.

lação de qualquer obrigação,¹⁰² continuaria sendo, como caso único de obrigação natural no direito italiano, o dos débitos de jôgo ou de aposta (arts. 1.802 e 1.804 C. civ. [cf. art. 1.933 do novo C. civ.]). Mas, na verdade, segundo os mais óbvios cânones de hermenêutica, não se vê que razão teria uma enunciação de caráter geral, como a do art. 1.237 cap., se ela compreendesse apenas aquêle caso, para o qual existe uma disposição particular (art. 1.804) para o mesmo efeito.¹⁰³ Também por esta consideração de índole positiva, parece-nos bastante melhor fundada a doutrina que admite outras figuras de obrigações naturais, ainda mais típicas, se assim é lícito dizer, do que a dos direitos de jôgo ou aposta: e esta última figura, por seus especialísimos característicos, requeria, e teve de fato, uma disciplina legislativa peculiar e distinta.¹⁰⁴ Tais são, por exemplo, o caso do débito prescrito (permanecendo natural a obrigação, que cessou de ser civil após a prescrição extintiva da ação); o caso da parte de débito remitida por contrato, tra-

102. Cf., neste sentido, isto é, pela exclusão da obrigação natural no dito caso, POLACCO, *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali* (em *Monitore del Tribunale*, Vol. XXXI, Milão, 1890), pp. 815 e ss.; ID., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 122.

103. O argumento seria, de igual modo, manifestamente válido para o art. 1830, quando nêle se reconhecesse também um caso de obrigação natural, como pretende, por exemplo, SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, cit., p. 428 (cf. também, do mesmo autor, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Camerino, 1890, p. 32).

104. O débito de jôgo ou aposta está, em certo sentido, no limite do conceito de obrigação natural (sem todavia, segundo o nosso parecer, o ultrapassar), enquanto a liceidade duvidosa da causa enfraquece aqui ou neutraliza em parte o princípio geral que impõe o respeito à boa fé e aos pactos livremente consentidos (Cf., acêrca das antigas discussões sôbre êste assunto, BARBEYRAC, *Traité du jeu, où l'on examine les principales questions de droit naturel et de morale qui on rapport à cette matière*, 2ª ed., Amsterdam, 1737; e a nota acrescentada pelo mesmo autor à tradução de PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens*, L III, Cap. VII, § 6). Nem faltam juristas autorizados que chegaram até a excluir do número das obrigações naturais o caso do débito do jôgo ou da aposta: cf. BONFANTE, *Le obbligazioni naturali e il debito de ginoco* (em *Riv. del dir. commerciale*, Vol. XIII, 1915, P. I, pp. 97 e ss.); FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., pp. 286 e ss.

tando-se de comerciantes; e outros ainda, que seria supérfluo enumerar.¹⁰⁵

O que importa é ter presente que a categoria jurídica das obrigações naturais não constitui algo de clauso, senão que pode sempre compreender novas formas, legitimamente reconhecíveis, sempre que delas se patenteiam os elementos. A relação de obrigação — apraz repeti-lo — deve basear-se, antes, inteiramente no fato, e deve ser de natureza jurídica, ou seja, deve ligar várias pessoas de tal maneira, que não exista só de uma parte um dever (pois, em tal caso, não sairíamos do mero campo da moral), mas exista igualmente, na outra parte, uma pretensão correlativa. Em seguida, esta pretensão não deve ser puramente subjetiva ou abstrata (no qual caso, não haveria possibilidade de lhe atribuir alguma eficácia relativamente ao sistema jurídico positivo), senão que deve ter no mesmo sistema um princípio de reconhecimento. Deve ela, em suma, corresponder a uma exigência reconhecida válida *em princípio* no direito vigente, se bem que por efeito de uma disposição particular (ou seja, mais restrita, logicamente, do que aquêle princípio)¹⁰⁶ lhe seja tirada, em tal caso, a experimentabilidade judicial.

Com efeito, é claro que as obrigações, de que fala o art. 1.237 cap., não podem ser nem as obrigações civis em sentido estrito, isto é, munidas de ação, nem as obrigações puramente morais, cujo cumprimento espontâneo ficaria sujeito às normas bem diversas de substância e de forma que regem as doações (cf. o art. 1.051 [art. 770 do novo C. civ.]). Nem, para distinguir, basta acrescentar, como foi proposto, que deve tratar-se de deveres morais “de caráter patrimonial”, visto a patrimoniabilidade se referir ao conteúdo da obrigação, e ao modo

105. Cf. especialmente, sobre este assunto, as perspicazes considerações de F. FISICHELLA, *Delle obbligazioni naturali* (Catânia, 1889), especialmente pp. 41 e ss. Cf. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., pp. 135 e ss.; BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., p. 445; GANGI, *Le obbligazioni naturali* (Camerino, 1917), pp. 45 e s.

106. A generalidade e a particularidade entendem-se aqui num sentido meramente relativo, podendo estabelecer-se, segundo o mesmo critério, uma hierarquia entre os princípios gerais.

de satisfazê-la, e não ao fundamento da mesma obrigação; a qual, embora derive de um mero sentimento de liberalidade, mais do que de uma relação objetiva e bilateral no sentido acima dito, não pode todavia explicar-se num "pagamento", mas só precisamente em forma de doação.¹⁰⁷

Por conseguinte, as obrigações naturais devem ser jurídicas, mas num sentido mais lato e genérico, e, se se quiser, diga-se também virtual, em comparação com as estritamente civis, ou seja, em tudo positivas; e não se vê a maneira de chegar a esta mais elevada e indiferenciada noção de juridicidade, válida e apreciável para determinados efeitos até no sistema vigente, senão remontando aos princípios gerais que, emanando da razão jurídica natural, representam, a um tempo, as diretrizes fundamentais do mesmo sistema.

É, por exemplo, um princípio geral do direito a validade dos pactos livremente consentidos; ao passo que uma norma particular admite que à ação, dela proveniente, possa opor-se a prescrição por decurso do tempo. Contudo, se uma obrigação contratual houver sido frustrada por êste meio, o débito realmente não satisfeito conserva todavia a marca jurídica; e supondo que o devedor posteriormente o satisfaça, seria incôgruo considerar essa satisfação como doação, bem como querer sujeitá-la aos requisitos e às conseqüências, que tal imprópria consideração traria consigo.

É também um princípio geral — coerente com aquêle que exclui o enriquecimento indevido — aquêle que pretende que nos contratos bilaterais (ou de obrigação recíproca) se observe uma justa proporção entre as partes; e embora tal princípio seja racional e praticamente limitado pelo outro princípio que afirma a validade dos contratos em geral, apresenta todavia uma manifestação característica no caso da lesão desmedida.

107. O participar, por exemplo, numa subscrição pública em favor dos danificados por um infortúnio pode ser certamente, em determinadas circunstâncias, um dever moral; mas será também uma "obrigação natural" em sentido jurídico? Mas, se se admitisse a obrigação natural em semelhantes casos, quando é que seriam aplicáveis os princípios próprios dos atos de liberalidade?

Ora, suponha-se que numa venda de coisas móveis, onde a lei italiana não concede a ação por causa de lesão, ou mesmo numa venda de imóveis, onde a lesão não ultrapasse o limite legal da metade do justo preço (art. 1.529 C. civ.),¹⁰⁸ o comprador, cômico de uma sua vantagem injusta pague voluntariamente a diferença, ou parte da diferença, entre o preço ajustado e o justo. Em tal caso, deverá admitir-se uma doação, e consequentemente deverá ser requerido para a validade o ato público (art. 1.056), e deverá ser dado lugar à revocabilidade (art. 1.078) e à redutibilidade (art. 1.091 e ss.), e assim por diante? Ou não se deverá antes considerar aquêlê pagamento suplementar como satisfação de obrigação natural? Para nós não resta dúvida que esta segunda solução (que tem por si a autoridade de POLACCO) seja a mais verdadeira e conforme ao espírito do sistema. Interferem aqui justamente, como noutros casos análogos, que facilmente se poderiam configurar, as condições para a entrada em vigor dos princípios gerais do direito, para o efeito de assinalar a distinção entre as obrigações naturais, que têm nestes princípios sua base, e aquilo que, nem sequer em sentido muito lato, constitui obrigação para o direito.

XI. — Esta explicações sumárias, com as quais, como já dissemos, não pretendemos certamente versar por extenso o assunto complexo, bastam acaso para mostrar as funções características dos princípios gerais do direito, enquanto pertencem a um organismo jurídico concreto. Dotados embora de caráter de idealidade e de absolutidade, e superando virtualmente, por isso mesmo, o sistema determinado a que aderem, êles não podem valer *contra* as normas especiais que o compõem, nem, em qualquer caso, infringi-las; mas valem *acima* e *dentro* dessas normas, visto representarem a mais alta razão e o espírito animador das mesmas. Onde há correspondência (e êste é o caso, por assim dizer, fisiológico) entre o que se deduz racionalmente da natureza intrínseca das coisas e as expressas dis-

108. (Cf., sobre o assunto, as diversas disposições do novo Código civil, art. 1448; as quais todavia deixam subsistir a possibilidade do caso exemplificado).

posições legislativas, onde, por outras palavras, o direito natural se transfundiu para o positivo, os princípios gerais vivem e operam nas mesmas normas especiais, e o recurso a êles pode até parecer supérfluo; mas, mesmo em tal caso, permanece efetivamente firme a hierarquia, mercê da qual aos princípios compete lógicamente a prioridade e a supremacia sôbre as conseqüências, e estas são plenamente inteligíveis só graças àqueles. Por esta forma, não só a elaboração científica, mas também a prática judicial, para retamente se desenvolverem, obrigam a repensar a *ratio legis*, e a ascender de grau em grau até às supremas razões do direito em geral, perante a realidade sempre nova dos fatos a que a lei deve aplicar-se. Em seguida, quando as normas especiais falecem, ou porque a legislação seja omissa em contemplar certos tipos de contingências, ou porque, embora tendo-os previsto, deliberadamente se absteve de regulá-los, mais manifesta se torna a necessidade de recorrer àqueles princípios de razão jurídica natural, que constituem os princípios básicos da definição de toda relação humana e social. Desta necessidade dá testemunho solene o legislador italiano, reconhecendo precisamente nos princípios gerais de direito o meio supremo de integração de suas próprias disposições. E se, finalmente, a estrutura concreta do direito positivo leva, por vêzes, a restrições ou alterações dos mesmos princípios, nem por isso êstes perdem totalmente seu valor, até mesmo na ordem positiva: antes, têm ainda uma aplicação indireta ou mediata, enquanto valem para definir aquela *juridicidade natural*, que é reconhecida para certos efeitos das próprias leis, em antítese ou, antes, como complemento, da juridicidade positiva.

Tudo isto se verifica no direito vigente, considerado em sua própria unidade sistemática; e se, depois, passarmos de tal consideração a outra consideração mais ampla, que podemos denominar Filosofia da história do direito, o valor daqueles princípios aparece ainda maior: pois que êles representam, além de um elemento fundamental de um sistema determinado, uma fôrça viva, que domina todos os sistemas, e faz pêso sôbre a estrutura dêstes, e os obriga a se modificarem e evoluírem,

segundo os motivos eternos da justiça implícitos na humana natureza.

Se é verdadeira, como ninguém se atreverá a contestar, a sentença de CELSO — “Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem”,¹⁰⁹ — o jurista, ao contrário do leguleio, não pode contentar-se com o que nas leis está escrito, senão que deve igualmente considerar o seu fundamento intrínseco. Não basta conhecer as normas singulares, se não se presta atenção ao espírito que as anima, e que tem sua primeira raiz em nosso próprio espírito. A particularidade das leis remete para a universalidade do direito; e o pensamento do universal é Filosofia. Pelo que, Filosofia e Jurisprudência não podem viver separadas; e assim como não houve sistema filosófico (a história do pensamento o mostra) verdadeiramente completo, que não compreendesse em si também os primeiros princípios do direito, assim também todos os grandes juristas (como igualmente o demonstra a história) foram, de algum modo, filósofos: “veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes”.¹¹⁰ Uma Jusrisprudência privada de elementos filosóficos seria, segundo a comparação tirada da fábula antiga por KANT, semelhante a uma cabeça sem cérebro;¹¹¹ e, na verdade, nada seria mais árido e estéril, do que o estudo das normas particulares vigentes aqui ou ali, se da matéria empírica não fôsse permitido remontar aos princípios, donde procedem as normas, e que têm sua sede própria na razão. Por conseguinte, não só partindo dos Códigos, ou, digamos com CÍCERO, não partindo “do edito do pretor, nem das XII Tábuas, mas sim da íntima Filosofia, é que devemos alcançar a disciplina do direito”.¹¹²

109. CELSO, fr. 17 D. I, 3.

110. ULPIANO, fr. 1 § I D. I, 1.

111. KANT, *Metaph. Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., p. XXXII: “Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Prädrus Fabel) ein Kopf, der schön seyn mag, nur Schadel dass er kein Gehirn hat”.

112. CÍCERO, *De legibus*, L. I, C. V: “Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas”.

APÊNDICE

Reforma do Código Civil Italiano e Princípios Gerais do Direito ()*

O novo Código Civil Italiano, cuja aprovação em seu texto definitivo está iminente, assinalará, sob múltiplos aspectos, um progresso, em comparação do precedente. São disso garantia os demorados estudos, mediante os quais se procurou trazer para a legislação civil italiana o espírito dos novos tempos, mantendo em sua integridade as mais elevadas tradições de nossa ciência jurídica.

Contudo a tal ponto são delicados e perigosos os retoques feitos num organismo vivo, como o jurídico, que não será exagerada toda prudência antes de os efetuar, especialmente tratando-se de conceitos fundamentais. Pelo que, não é fora de propósito, neste momento, chamar a atenção para uma modificação aparentemente leve, que parece se pretende introduzir no art. 3 das Disposições preliminares. Como é do conhecimento geral, o Código atualmente em vigor dispõe que "... quando o caso permanece duvidoso, decidir-se-á segundo os princípios gerais de direito". Ao invés, o Projeto definitivo apresenta a fórmula "... segundo os princípios gerais do direito vigente".

As incertezas sobre este ponto têm sido numerosas, e acaso ainda perduram. Primeiramente, o Projeto do novo Código da Comissão Real (Presidente Vittorio Scialoja, Vice-presidente Mariano D'Amelio), publicado em 1930, mantinha a fórmula

(*) Este breve artigo, publicado pela primeira vez no jornal "La Tribuna" de Roma (3 e 8 de Dezembro de 1936), e pouco depois reimpresso, teve como origem as discussões sobre se nas Disposições, que deveriam ser antepostas ao novo Código civil italiano, convinha conservar ou modificar a fórmula do art. 3 das Disposições preliminares ao Código então em vigor ("princípios gerais de direito"). A fórmula proposta no Projeto definitivo ("princípios gerais do direito vigente"), à qual a nossa crítica se referia, foi posteriormente abandonada, tendo sido substituída por outra ("princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado") não melhor a acaso ainda mais defeituosa do que aquela.

do velho Código; e não ao acaso, senão por motivos determinados, indicados no Relatório. "Na realidade não se pode negar", assim se exprimia o Relatório, referindo-se à fórmula ainda em vigor ("princípios gerais de direito"), "que ela seja redigida de maneira que satisfaça às exigências racionais da doutrina, e que sirva convenientemente à prática judiciária". O mesmo Relatório relembra igualmente que vários Códigos recentes, como os do Brasil, da Argentina e do México, reproduziram literalmente a fórmula da legislação italiana. E, após várias considerações concluía que "se preferiu a fórmula atual, por ser mais lata e compreensiva" (pp. 11-12).

Neste sentido se expressaram, sucessivamente, entidades muito autorizadas, tanto da magistratura como das Universidades italianas. Não obstante, e dizemos até não sem alguma surpresa, soube-se que o Projeto definitivo, há pouco publicado, substitui a fórmula atual por outra ("princípios gerais do direito vigente"). Por esta forma pensou-se, como se vê pelo Relatório, obviar a perigos de interpretações errôneas, consoante os receios por alguns efetivamente manifestados. Contudo, não é difícil demonstrar que tais perigos são inexistentes, como já está provado pelo fato de nenhum inconveniente se ter verificado, a êste propósito, na aplicação do Código atual, desde 1865 até nossos dias; ao invés, teríamos de enfrentar perigos reais, se a nova fórmula ora proposta lograsse vingar.

Recapitulemos umas quantas noções elementares. A impossibilidade de os códigos e as leis em geral preverem tôdas as possíveis controvérsias futuras tem sido reconhecida *ab antiquo* (até, com fórmulas clássicas, pela jurisprudência romana), nem pode ser seriamente contestada. Faz parte da natureza das coisas que o direito evolua continuamente, em íntima aderência com o desenvolvimento do espírito e da vida, que é perene renovação. Deriva precisamente daqui a necessidade de uma tarefa perpétua da jurisprudência, a qual não é apenas uma chamada mecânica de artigos de leis, mas sim uma reflexão viva, uma gestação fecunda e freqüentemente uma autêntica "recriação", mediante a qual o organismo jurídico, todo quanto, se enriquece e revigora. Sem o quê, sem esta nova linfa trazida de contínuo ao próprio ato da prática

judicial, as velhas leis não tardariam em cair como ramos secos.

Por outro lado, é fora de dúvida que tôdas as controvérsias que surgem na vida social, pelo contraste das exigências recíprocas, devem encontrar uma solução na forma do direito. O juiz, por vontade do próprio legislador, nunca pode negar-se a proferir uma sentença, sob pretexto da carência de uma norma. Se esta não fôr dada pelo legislador, e se não existe nenhuma aplicável por analogia, deve o juiz encontrá-la. Onde? Eis o problema, que a fórmula em discussão visa resolver.

A solução correta, já estabelecida com perfeita lógica pela jurisprudência romana, e que foi tida como válida até às recentes instâncias de um mesquinho positivismo, é a seguinte. O direito de um povo (*ius in civitate positum*) é a expressão particular de exigências universais da natureza humana; é, pois, uma especificação de alguma coisa de mais geral e de mais profundo. Quando não bastam as formulações particulares, torna-se forçoso recorrer às raízes do sistema, as quais todavia não são peculiares só do próprio sistema, mas são necessariamente comuns a todos os sistemas: sendo a razão humana uma, uma, necessariamente, é, em seu princípio, a lógica do direito (*naturalis ratio*). Assim os Romanos, aos quais certamente ninguém pode negar um altivo e legítimo orgulho nacional, também e especialmente em matéria de direito, não hesitaram em declarar que todos os povos, regidos por leis e costumes, "*partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur*"; quer dizer, distinguiram em seu mesmo direito, como no direito de todos os outros povos, uma parte ligada a contingências particulares, e uma parte diretamente fundada na comum natureza de todos os povos. Já, da mesma forma, ARISTÓTELES havia distinguido o νόμος ἴδιος κοινός.

O apêlo aos "princípios gerais de direito" significa justamente o reconhecimento positivo dêste conceito, que não implica, como alguns sem razão opinaram, uma diminuição da autonomia nacional, mas, pelo contrário, uma consagração mais elevada e exata da mesma.

De todo infundado é o temor, por alguns manifestado, de que a fórmula "princípios gerais de direito" possa ser enten-

didada como referência a direitos estranhos, uma vez que, para calar outros argumentos, tal perigo fica perentoriamente excluído pelo próprio adjetivo "gerais", que significa precisamente que os princípios em questão devem compreender o direito italiano, como o gênero compreende a espécie. Que estes princípios, por sua mesma generalidade, possam também ser e sejam virtualmente próprios de todos os outros sistemas jurídicos, isso não diminui, antes acresce a sua importância e significado para a nação italiana; salvo se, por tola fanfaronice, se considera inferioridade para um indivíduo ou para um povo o pertencer ao gênero humano.

A parte propriamente específica, ou seja, aquela na qual se revela o gênio peculiar de cada povo, é precisamente expressa em suas leis e costumes; mas quando estas determinações positivas alcançaram o limite, outra solução não resta, para obter a adaptabilidade do sistema a todos os casos possíveis, senão o recurso ao fundamento comum do direito em geral, por outras palavras, àquela ordem de princípios que diretamente dimanam da natureza do espírito humano, uno em sua essência e, não obstante, em perene renovação.

Tôda arbitraria imissão de elementos heterogêneos no sistema jurídico nacional, mediante o apêlo aos princípios gerais que estão à base do mesmo sistema (se bem que não próprios somente dêle), fica excluída, uma vez que isso conduziria inevitavelmente a um contraste com as normas vigentes, que permanecem, em todo caso, firmes e invioláveis, ao passo que precisamente a insuficiência das normas positivamente estabelecidas para resolver uma possível controvérsia é um pressuposto para a aplicação dos princípios gerais. Portanto, é bem certo que os princípios gerais são e devem ser um meio de *integração* e de coerente desenvolvimento, nunca porém de *contradição*. Confirmação disto é apresentada pelo fato, bastante eloquente, de que sob o regime do Código vigente, quer dizer, durante mais de setenta anos, nenhum caso de êrro desta espécie pôde ser assinalado. Os magistrados italianos conhecem bem a lógica do sistema que são chamados a interpretar, e o receio de que êles se afastem dêsse sistema para seguirem um direito estranho, embora só nos casos dúbios, é meramente fantástico.

Igualmente infundado é o temor, por muitos expresso, de que a fórmula "princípios gerais de direito" possa significar uma reexumação das teorias jusnaturalísticas no que elas têm de mais obsoleto, ou seja, um sistema abstrato de normas, tais como foram formuladas, com um misto de erros e de verdade, por alguns autores dos séculos XVII e XVIII. Os erros cometidos por tais autores têm sido suficientemente esclarecidos pela moderna Filosofia do direito, e ninguém cogita em repeti-los. O que não impede que todavia se possa falar de direito natural, no sentido mais profundo e mais próprio dêste termo: isto é, com referência não a uma suposta e inexistente natureza extra-social do homem, mas sim com referência às leis eternas do espírito e à estrutura própria da razão: leis e estrutura que se explicam também no direito, e que não só excluem a vida, o movimento e o progresso do mesmo direito, mas antes os tornam possíveis e inteligíveis. Uma reta noção do direito natural não só nunca hostilizou o desenvolvimento do direito positivo, senão que, ao invés, em tôdas as épocas tem sido seu estímulo mais eficaz e seu fermento mais fecundo. Seria demasiado fácil apontar exemplos disto. Baste lembrar que precisamente a constante comparação, sistemáticamente operada pelos juristas romanos, entre o direito positivo e seu natural fundamento (*naturalis ratio*) levou o direito romano a seu aperfeiçoamento maravilhoso e incessante. Com razão observava MAINE (testemunha insuspeita, por se tratar de alguém que era muito mais historiador que filósofo) que, sem a crença dos juristas romanos na *naturalis ratio* como fundamento do direito, não se explicaria por que é que o direito romano foi sempre eminentemente progressivo, e não estacionário, como sucedeu, por exemplo, com o direito indiano.

É pura ilusão crer que a generalização das normas vigentes, por meio da analogia, baste para descobrir os princípios gerais; o que justificaria a lição "princípios gerais do direito vigente". A verdade é, antes de mais nada, que o recurso aos princípios gerais é contemplado e querido pelo legislador só para os casos que não possam ser decididos à base das normas vigentes, *nem sequer por meio da analogia*. Além disso, foi demonstrado pelos lógicos que a analogia não pode estender-se indefinidamente;

pelo que, querer ligar a ela o intérprete equivaleria a privá-lo do meio de buscar um reto critério para uma possível controvérsia, diferente dos casos previstos, como entanto a lei lhe impõe que faça. Justamente um dos membros interpelados pelo Ministério da Justiça acêrca do Projeto do nôvo Código (a Comissão Real de Procuradores de Trieste e Capodistria), ao aprovar a fórmula já proposta pela Comissão Real, afirmava "a inoportunidade de limitar o alcance da referência aos princípios gerais do direito mediante o acréscimo "vigente", acréscimo êste que só lhe falsearia o conceito". Poderíamos aduzir no mesmo sentido outras autorizadas observações e confirmações, que, por brevidade, omitimos.

Expressimos, portanto, o voto de que, conformemente ao Código atual e ao primeiro Projeto de reforma, seja mantida, como mais própria e ampla, a fórmula "princípios gerais de direito".

Se, em consequência dos preconceitos antifilosóficos que dominam em demasia os ânimos de muitos juristas, a última fórmula "princípios gerais do direito vigente" tivesse sido adotada, observamos que ela, tomada à letra, sancionaria o têrmo do natural desenvolvimento dos conceitos fundamentais da jurisprudência. De fato, dado que a palavra "vigente", segundo essa opinião, deveria ser tomada no sentido de "positivo", o resultado, à letra, seria que em nenhum caso, nem sequer nos casos não previstos pelas leis positivas, seria possível adotar um critério de justiça, tirado das razões intrínsecas do direito, tais como são sentidas pela consciência social de nosso tempo. Por conseguinte, renunciar-se-ia àquele precioso e salutar subsídio que, para o desenvolvimento sadio do organismo jurídico, é constituído pelos chamados "órgãos respiratórios" ou "conceitos válvulas". Uma prejudicial coação impediria o intérprete de dar justa satisfação às novas e mais vastas aspirações da consciência jurídica nacional.

Apressemo-nos, porém, a acrescentar que, mesmo na afastada hipótese ora mencionada, não cremos que se chegasse a consequência tão extrema. Qualquer que venha a ser a fórmula legislativa finalmente adotada, as palavras, mesmo impròpriamente restritivas, não constituirão jamais um limite

insuperável às imperiosas exigências da consciência jurídica italiana. A jurisprudência tem, afortunadamente, muitos meios de superar obstáculos desta natureza, a fim de poder desempenhar-se de sua nobre e necessária missão. Nem seríamos dignos herdeiros de Roma, se nos recusássemos a admitir, mesmo no plano judicial, a *naturalis ratio*, que permite não só compreender os institutos vigentes, como também corrigir-lhes as deficiências e fomentar o seu desenvolvimento. Nem o movimento de renovação, que caracteriza a idade moderna, lograria ser detido, mesmo no campo da jurisprudência, por uma fórmula qualquer, embora impròvidamente rígida. Por exemplo (dado que prevalecesse a fórmula proposta no último Projeto) seria possível examinar se o termo "vigente" não comporta, além da interpretação citada, outra muito mais vasta; sendo bem defensável que seja idealmente "vigente" uma norma, embora não positivamente expressa pelo legislador, justamente enquanto fundada na natureza. De modo idêntico se considera vigente (isto é, válida) a lei moral, se bem que não sancionada em nenhum código. Por esta forma, se bem que com certo esforço de hermenêutica, lograríamos enfim fazer coincidir a nova fórmula com a antiga, num mesmo significado. E isto sempre e unicamente no intuito de uma mais perfeita aplicação e evolução do direito.

Contudo esperamos que nos seja poupado êste esforço de hermenêutica, que talvez se afigurasse um tanto artificioso. É preferível que os princípios gerais de direito continuem denominando-se, como são pura e simplesmente, os princípios gerais de direito.