

te sem qualquer formalidade para com o expropriado e sendo nenhum o pagamento.

Mas, como se procurou exaustivamente demonstrar, não é nesse pagamento previsto em lei que se explica a adjetivação “prévia” usada pela Constituição para distinguir a desapropriação da requisição, mas na própria circunstância de que naquela o ato não se completa antes de pago o justo preço.

ENSAIO PARA UMA TEORIA DOS INSTITUTOS DE CORREÇÃO

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Procurador do Estado. Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito Cândido Mendes

Em época de intensa atividade legislativa, quando o valor social de muitas das novas normas é questionado, quando novos conflitos são apontados como resultado de pressa e descuro na elaboração da regra, quando dificuldades várias se interpõem a uma interpretação segura e uniforme e quando a própria renovação começa a inquietar, podem-se perceber reações de perplexidade e desânimo.

Assim reagiu o grande espírito de RIPERT ao apreciar a revolução jurídica experimentada na França terminada a Segunda Guerra Mundial e que valeu ao mundo *Le Déclin du Droit*, obra não de senectude, mas de amargor. É que o indisputável antístite do direito privado via, a par da perda de substância técnica, a publicização (palavra que ironizou) do seu sagrado direito civil francês através das intervenções estatais na ordem privada. Sem o desejar, talvez, deixou o Mestre notável trabalho de sistematização de direito administrativo (1). Criador até na crítica!

As observações são atuais e válidas entre nós, nesta ocasião em que as alterações do panorama legal do País são de grande extensão, pois atingem cêrca de oitenta por cento da normatividade positiva, e de profundidade, porque envolvem a substituição do próprio sistema constitucional.

(1) GEORGES RIPERT, *Le Déclin du Droit* — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pág. 42 (*interventions*).

Há perplexidade quanto aos assentos científicos do Direito e desânimo diante dos rumos a que a abundante legislação parece conduzi-lo.

O administrador hesita em escolher seus caminhos discricionários; o juiz, em julgar, e o advogado tem dificuldade em formar sua convicção para a defesa dos interesses que lhe foram confiados. O povo — destinatário último das leis — não sabe qual o seu direito.

Surpreendidos, nos bancos das Faculdades, os estudantes de direito se inquietam com o que lhes parece o esvaziamento da Ciência do Direito, vendo na tecnicização, como instrumento de condicionamento impôsto por uma ordem política, a negação da dimensão científica.

Se já se atormentavam, antes, com dúvidas a respeito da concepção do Direito, na tarefa de conciliá-lo intelectualmente com seus anseios íntimos de Justiça, chegam a desalentar imaginando as novas regras, na frieza que lhes comunica sua origem dirigista, aplicadas pelos poderes executivos, em sentido amplo: executivo e judiciário.

Tendem, então, os estudantes — e não só eles — a descrever do Direito como ciência e a admiti-lo como uma espécie de arte social, na qual os fins justificam os meios e a orientação teleológica do eventual detentor do Poder Público imprime “valor” onde se o não percebe, escusa conflitos desnecessários, soluciona dúvidas de interpretação e fundamenta qualquer transformação radical. Chegam, assim, sem se aperceberem, à negação do próprio Direito.

Os que nesta linha evoluem em seu raciocínio pensam, então, melhor atender a seus elogiáveis anseios de Justiça deslocando seus esforços e sua inteligência para o campo da criação da norma, adstringindo-se à formulação de *juízos de fato de valor*, como se esta atividade solucionasse o problema, em vez de procurar adestrar-se, como cabe a um executor do Direito, na operação de segundo grau, muito mais delicada, que é a formulação de *juízos jurídicos de valor*.

Seria ideal que o bacharel — o profissional do Direito — estivesse permanentemente presente na gênese da norma. Sua contribuição foi inestimável em nossa civilização ocidental ao ponto de poder-se afirmar serenamente que, em que pesem certos cacoetes, mais verbais que lógicos, foi definitiva sua atuação na criação do

Estado de Direito e na modelagem desta moderna mentalidade jurídica revelada no que se poderia denominar de “Civilização do Direito”.

A ausência do bacharel das fontes da norma, entretanto, pode ser deplorada mas não evitada. A complexidade dos temas que demandam regulamentação exige assessoria especializada e atuante. Hipertrofiando, a assessoria passou ao *Diktat* dispensando o profissional da técnica legal, o tradicional filtro, o sempre presente agente catalisador, o toque humanístico do bacharel.

Criticamos a tendência, mas a resposta à pergunta se deve o bacharel recuperar o seu tradicional lugar e sua função no nascedouro da norma, deixamos aos estudiosos da sociologia, e, em particular, da etiologia da regra legal.

Inaceitável, isto sim, é retirar-se, restringir-se ou condicionar-se a prerrogativa do profissional do Direito de formular livremente os juízos jurídicos de valor. Aí sim, teríamos o Direito destruído como Ciência e aluídas as bases do tipo de civilização que desfrutamos.

A situação da Ciência do Direito na mecânica da formulação dos juízos de valor de segundo grau é explicável com auxílio — como muitos terão percebido pela tecnologia empregada — da teoria normativa de valor desenvolvida por HANS KELSEN (2).

Parte-se da idéia *do interesse*, projeção da personalidade sobre um bem da vida, para definir *valor* como sua função, no sentido de uma atitude afetivo-motora. Assim é que o titular de um interesse não faz um juízo de valor diante de *seu próprio* interesse, mas toma, simplesmente, uma atitude afetivo-motora. Aprecia o bem num ato de valoração íntima, sem intenção paradigmática.

Ora, existindo um observador estranho ao interesse, é possível formular-se, ao mesmo tempo, um juízo *objetivo* de valor, isto é, não mais a apreciação do maior ou menor valor do interesse — o que seria um juízo *subjetivo*, exclusivo do seu titular — mas de *própria existência* do ato da valoração.

É o *juízo de valor*, portanto, o reconhecimento da atitude afetivo-motora de alguém diante de um interesse. E, porque objetivo, este juízo é suscetível de aferição paradigmática: poder-se-á qualifi-

(2) HANS KELSEN, *La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1946, pág. 241 e segs.

cá-lo de *justo* ou *injusto*. Em outras palavras: a atitude do titular de interesse pode ser reputada justa ou injusta.

São, assim, os valores de justiça que vão ser os paradigmas no contrasteamento desses juízos objetivos de primeiro grau. São, também, estes mesmos valores de justiça que deverão informar a norma. Desde que originária do Poder Público, dotada de eficácia e efetividade: — norma *legal*.

Claro está que não apenas os valores de justiça informam a norma: à sua formação concorrem outros valores como a paz social, a segurança política e, ultimamente, nas leis intervencionistas, abundantes considerações de ordem econômica. Nesta última classe estão as normas chamadas “parciais”, em que uma categoria de interesses é sacrificada em favor de outra (3).

De qualquer forma, é partindo do conceito de *justiça*, como inspirador, orientador e fim a que deve tender o Direito, que o primeiro juízo de valor é formulado objetivamente.

Mas ainda se fará um *segundo* juízo de valor. Qualquer conduta pode ser confrontada, a qualquer tempo, com a conclusão do *primeiro* juízo de valor. Isto é: a norma legal, funcionando como premissa maior de um silogismo, possibilita a qualificação de uma *conduta*. Desta vez o resultado será: conduta *jurídica* ou *anti-jurídica*.

Em suma: a *qualificação legislativa*, juízo de fato de valor, se dá na alternativa “justo-injusto” e se refere a uma atitude apreciada em tese. Esta atividade leva à fixação da norma. Surgida a norma, ensina KELSEN, desaparece o elemento psicológico. Daí por diante surge a *qualificação executiva*, juízo jurídico de valor, na alternativa “jurídica-antijurídica” e se refere à norma preexistente. Essa atividade leva a uma *decisão*, administrativa ou judicial.

É, portanto, impossível a identificação da norma jurídica com os atos que a criaram. As atividades geradoras da *norma* (atividades normativas) vão haurir inspiração em meios subconscientes. As atividades produtoras da *decisão* (atividades executivas *lato sensu*) se processam no plano consciente. As primeiras são psicológicas; as segundas, lógicas.

Com estas considerações, aqui desenvolvidas para melhor situar-se o tema enfrentado, chega KELSEN à ideação de suas *duas*

(3) GEORGES RIPERT, op. cit., pág. 33.

pirâmides: a primeira, mais familiar, a pirâmide das *normas jurídicas*; colocada no cuspide e informando as normas constitucionais, a norma fundamental hipotética, justificada pelo princípio da efetividade, indispensável ao conceito de norma legal, é a segunda, a seu lado, a pirâmide da execução, ou seja, da valoração da conduta diante da norma.

Na primeira pirâmide, os juízos de fato de valor — as normas — e na segunda, os juízos jurídicos de valor — as decisões — deduzidas no confronto da conduta dos indivíduos com os diversos graus normativos da primeira.

Esta colocação, em que uma pirâmide responderia ao critério de *Justiça* de determinada coletividade em determinada época, e a outra, ao critério de *juridicidade*, levou KELSEN à definição histórico-social do Direito assim proposta: “ideologia específica de um determinado Poder, historicamente dado”.

Eis as conclusões que podem ser extraídas:

- 1.º que o valor *Justiça* não é da mesma natureza do valor *Direito*.
- 2.º que há *vários* critérios (de época e lugar) para se qualificar o que é legal ou ilegal.
- 3.º que os juízos de *Justiça* não são comparáveis experimentalmente, mas os juízos de *Direito* o são.

Ora, sabemos que *ciência* é um conjunto harmônico de conhecimentos passíveis de demonstração experimental uniforme. Assim, se por um lado não podemos demonstrar experimental e uniformemente a *justiça* de uma conduta, sem dúvida podemos submeter à experimentação e a confrontação determinada conduta pelo prisma da legalidade, obtendo resultados uniformes.

Certeza só é possível quando há uniformidade.

Se um juízo de valor de justiça não pode propiciar certeza, um juízo de valor jurídico poderá ser uniformemente certo em determinada época e lugar.

Esta uniformidade não exclui a formulação de teorias diversas sobre a natureza das relações. Até nas ciências ditas exatas vemos esta variação; na física, por exemplo, novas teorias sobre a matéria, espaço e tempo destronam teorias assentadas e, na matemática, presenciamos a diversificação de postulados a ensinar a constru-

ção de sistemas novos, como, na geometria, as concepções não-euclidianas. Não obstante, atente-se, a tecnologia, os métodos e a descrição dos fenômenos permanecem. Massa, ângulo, medição, quantidade, volume, etc., são conceitos, como tantos outros, sem os quais nada se pode fazer.

Assim no Direito: variarão os ordenamentos jurídicos; sua sistematização flutuará, no tempo e na geografia mudarão os conceitos de justiça, mas a tecnologia básica, os elementos de que se compõe um ordenamento jurídico — qualquer direito positivo — são estáveis.

Ai está onde se encontra a natureza científica do Direito.

Exemplificando, não interessa se determinada ideologia jurídica considera ou não a propriedade como um direito e se este direito é absoluto ou relativo — a ciência não reside na formulação deste princípio, mas na correta formulação dos juízos jurídicos de valor diante de situações concretas.

E aqui chegamos à primeira conclusão deste trabalho: qual o papel do profissional do Direito nesse quadro? Qual a orientação que se poderá dar aos atuais estudantes diante dessas considerações?

Eis a resposta: manter a exclusividade da aplicação indireta da lei (atividade judicial) e o controle imediato da aplicação direta da lei (atividade administrativa).

Embora longe de admitir como fato consumado a exclusão do bacharel da gênese da norma, é de todo necessário que se preserve a dimensão científica do direito. É que somente pela aplicação é possível a correção dos desvios da norma. E aqui entramos na segunda parte deste ensaio.

Positivada a norma, como vimos, ela se torna autônoma em relação aos atos de sua criação. O aplicador não está obrigado a respeitar a atitude psicológica do legislador. Mas isto não significa que o aplicador deva ignorar a finalidade da norma.

É que a atividade de execução não se exaure na formulação de um juízo jurídico de valor apenas — mera aplicação silogística — mas demanda o confronto da conclusão obtida, na operação que chamamos de “segundo juízo de valor”, com outros princípios — escritos ou não — que podemos denominar de *juízos interpretativos de valor*.

O resultado deste terceiro juízo de valor é a decisão *perfeita*: lógica, diante da norma e coerente, diante da hipótese à cujas nuances se vincula pela correta aplicação.

Mas este terceiro juízo de valor não é arbitrário. O juízo interpretativo vai colocar a decisão ainda imperfeita, produto do *juízo jurídico de valor*, diante de outra premissa, definida ou não mas sempre *definível* dentro de um sistema jurídico.

A estas premissas, nem sempre *lex scripta* mas resultado de demorada e profunda elaboração doutrinária e, especialmente, jurisprudencial, pode-se dar o nome de “institutos de correção”.

É encastelado na prerrogativa de aplicador, de intérprete, de guardião do Direito que, através dos institutos de correção, o bacharel poderá lançar todo o generoso impulso humanístico de sua formação para corrigir, *na execução*, os desvios e as falhas de um sistema positivo.

E se não houvesse ciência do Direito, isto seria impossível, porque no campo do simples tecnicismo esta tarefa, este terceiro juízo, interpretativo de valor, não teria cabimento. A atividade do aplicador estaria exaurida com a formulação do segundo juízo jurídico.

Apreciem os institutos que surgem e se justificam os institutos corretivos.

É certo que os institutos legais nascem, evoluem e desaparecem. Mas nesta trajetória não seguem uma linha de evolução paralela aos fenômenos sociais que devem regular e em harmonia uns com os outros. E isto se dá principalmente porque a norma legal adquire autonomia em relação às suas origens e, autônoma ainda, prossegue em seu ciclo de desenvolvimento, muitas vezes *divergindo*, distanciando-se cada vez mais, do fenômeno que a causou.

Nesta evolução, o poder criador da norma passa a visar não só editar uma regra de solução de conflitos como também a formulação de uma regra condicionadora do comportamento social que aja como preventivo de conflitos e, ao mesmo tempo, como instrumento de uma política de governo (às vezes antagônica àquela que originou a primitiva norma). Nesta fase, a norma legal deixa de ter um entido estático para adquirir dinamismo: ela não existe apenas para permitir que a sociedade siga livremente seus caminhos em cima de justiça e segurança, mas é criada precisamente para *dirigir* a sociedade a determinados rumos.

Ao alcançar esta altura da evolução, vislumbrada por FICHTE e lembrada por COOLEY, que a via nos dispositivos fundados no poder de polícia, perfeitamente identificada nas regras de parafiscalidade e de intervenção na ordem econômica, a norma legal, adquirindo dinamismo, distancia-se do fenômeno que foi sua causa eficiente.

Esta evolução, tão rápida que se tornou perceptível mesmo aos leigos, no Estado moderno, explicam os prosélitos da Escola Empírica fechando um círculo, como a serpente que quer morder a própria cauda, procurando demonstrar que as exigências históricas representam *tôda* a influência, tanto na criação quanto na transformação da lei.

Os que vêem todavia, no Direito, algo de mais profundo, os que admitem um fundamento transcendental, jusnaturalista ou não, e os que entendem o Direito como instrumento e não como fim, admitirão, sem dúvida, essa evolução no sentido de uma norma dinâmica de dirigismo social, mas condicionada às exigências do *bem comum*.

Em outras palavras: o artificialismo da norma legal diante dos fenômenos sociais estacionários que deve presidir só será aplicável na medida em que sua atuação se conformar às exigências do bem comum.

Quando a evolução histórica leva a norma legal longe demais de sua natural finalidade; quando o Estado, abandonando a "justiça negativa", no dizer de PICARD, para voltar-se a uma justiça afirmativa, trai a sua própria razão de ser, a finalidade do Direito e a destinação teleológica de justiça, é necessário, para que a ordem pública não seja rompida, para que o Estado permaneça e para que a Justiça seja preservada, que o próprio Direito, para sua aplicação, esteja provido de *institutos de correção*.

Por outro lado, o reverso também se dá. Não só as normas distanciam-se dos fenômenos sociais que as geraram, dinamizando-se, como os fenômenos sociais podem evoluir rapidamente, deas se distanciando.

O desenvolvimento da Tecnologia e o aceleramento dos processos sociais modificam de tal forma certos pressupostos fácticos das normas de direito, que sua aplicação meramente silogística reuniria num absurdo.

A evolução, assim, tanto de institutos jurídicos como de fenômenos sociais, defasando-os, é a grande *causadora* dos institutos

de correção. E o bem comum se entroniza, no direito moderno, como sua *justificação*.

Em outros termos, tanto o artificialismo da norma legal como seu anacronismo diante dos fenômenos econômico-sociais que deve presidir demandam suportes lógicos para um juízo interpretativo, de terceiro grau.

Tais suportes, os institutos de correção, permitem que o jurismo se alimpe a si próprio, na sua aplicação (no momento de maior importância na vida de um direito), dos desvios maiores e das iniquidades mais marcantes que possam comprometê-lo.

Cumprido ao aplicador da norma legal, como o guardião de que falamos, o emprêgo destes *institutos de correção*, sempre que se apresentarem seus pressupostos, a êles vinculando a decisão.

Para conhecer os pressupostos, devem-se apreciar os institutos de correção em espécie, o que, dado o caráter deste trabalho, será feito sumariamente.

Algumas vezes positivados, mas sempre como princípios informativos das decisões, corrigem a aplicação da lei e do contrato os seguintes institutos:

- Abuso de direito;
- Boa-fé;
- Teoria da imprevisão;
- Lesão enorme;
- Teoria das dívidas de valor.

O campo de aplicação dos dois primeiros é bem vasto, abrangendo o direito público e o privado, até mesmo em ramos como o direito judiciário (art. 30 do Código de Processo Civil) e o direito político (art. 151 da Constituição Federal); os demais se restringem às obrigações, incluídas as de direito público.

A teoria do abuso é uma conseqüência da relatividade do direito. Muito embora de formulação antiga, a sua franca ascensão no cenário jurídico se explica pela compreensão, cada vez maior, dos intérpretes, do contra-senso que representa o uso anti-social dos direitos subjetivos privados. Trair o Direito em nome do direito.

A relatividade dos direitos já a demonstrava JOSSEERAND (4),

(4) JOSSEERAND, *De l'Esprit des Droits et de Leur Relativité*, Paris, 1927, 2.^a ed., 1939.

considerando o direito absoluto e, assim, insuscetível de redução ou condicionamento, como abstração teórica. Na prática, as esferas de direitos individuais são secantes, limitando-se umas às outras.

RIPERT, admirador da obra de JOSSERAND, desenvolveu a mesma idéia na sua *Règle Morale*, a êle se devendo o seguinte conceito:

“Abuser du droit c'est alors en réalité couvrir de l'apparence du droit l'acte qu'on avait le devoir de ne pas accomplir, ou tout au moins qu'il n'était possible d'accomplir qu'en indemnisant ceux qui étaient lésés par cet acte” (5).

O dever de não praticar determinado ato, aparentemente *secundum legis*, não é apenas moral; sabe-se que a moderna teoria do abuso de direito prescinde do elemento subjetivo — o *animus nocendi* — para contentar-se com o dano objetivamente infligido a interesse axiológicamente supraordinado (6).

Justifica a teoria o grande RIPERT nas seguintes palavras:

“Le droit ne doit être donné à l'homme que pour des fins sociales; il y a abus à trahir la société qui vous les a donnés” (7).

É a violação da finalidade social do direito, o desvio de seus fins — fenômeno de extrema importância mas que, como advertia SALEILLES (8), “não pode ser definido numa fórmula legal”.

Assim é que, difícil, senão impossível, a positivação de uma fórmula precisa para cristalizar a teoria do abuso de direito, continua sendo tarefa dos advogados e dos membros do Ministério Público sua invocação, e dos juizes, sua aplicação *in casu*.

(5) GEORGES RIPERT, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, Paris, 4.^a ed., 1949, pág. 164.

(6) Ver SAN TIAGO DANTAS, *Conflito de Vizinhança e sua composição*, ed. 1939, pág. 126; EDMUNDO LINS NETO, artigo in *Revista de Crítica Judiciária*, vol. 37, págs. 19 e 20; e ALVINO LIMA — verbete in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. I, pág. 329.

(7) GEORGES RIPERT, *op. cit.*, continuação.

(8) SALEILLES, *Théorie Générale des Obligations*, pág. 370.

É tal importância tem a jurisprudência na construção do instituto que, antes mesmo de ter sido corretamente exposta a teoria do abuso, os juizes e tribunais já aplicavam e desenvolviam um de seus aspectos — a regra “*nemo auditur turpitudinem suam allegans*” — como nos dão conta CAPITANT (9) e LAMASSAIRE (10).

Resultado desta elaboração jurisprudencial da regra “*nemo auditur*”, por exemplo a recusa de ação por causa de iniquidade, positivada em nosso direito no artigo 294, III, do Código de Processo Civil.

Já a boa-fé, por muitos erroneamente assimilada à equidade, é uma regra de aplicação geral que mereceu positivação parcial em vários códigos estrangeiros. Seu campo é vasto, mas é inegável sua importância no direito das obrigações.

WENDT, citado por ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA assim a justifica:

“Válvula de segurança para a conveniente aplicação do direito ao caso concreto pela impossibilidade em que se encontra o legislador de prever tôdas as possibilidades que possam surgir na prática” (11).

É a mais elevada forma de defesa do princípio moral que domina o direito das obrigações. Caracteriza-se como requisito negativo. O que se prova é a *mala fides*.

Aparece no direito positivo brasileiro várias vezes, em dispositivos de usucapião (art. 550-551), de casamento putativo (art. 221), alienação a *non domino* (art. 968), posse (arts. 510 a 517), mas é no campo da aplicação jurisprudencial e, também, administrativa, que a boa-fé tem tido variado emprêgo, até mesmo no âmbito penal, na caracterização das contravenções (12).

A teoria da imprevisão sempre fascinou os juristas; basta correr os olhos por uma bibliografia especializada: JORGE AMERICANO, BARASSI, BARSANTI, LEOPOLDO BRAGA, CAIO MÁRIO, EUGENIO OSWALDO CARDINI, ARRIGO CAVAGLIERI, NICOLA COVIELLO, ALFRED

(9) CAPITANT, *La Cause*, n.º 114.

(10) LAMASSAIRE, *De la Règle nemo auditur*, Bordeaux, 1926.

(11) ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, pág. 223.

(12) V. TOSCANO BARRETO, artigo in *Rev. Forense*, vol. XVI, pág. 154.

DOUSSAUD, DUZI, EXNER, SILVIO GIOVANOLI, ACHILLE GIOVENE, MURILO DE BARROS GUIMARÃES, TOMÁS LESSA, JAIR LINS, CIRO LIPARTITI, FILIPPO LONGO, GIUSEPPE IGNAZIO LUSSARD, VUSSE MANARA, LEON MARIE, PEDRO BATISTA MARTINS, OSWALDO DE CARVALHO ROMERO, GIUSEPPE OSTI, ANTÔNIO PEREIRA DE SOUZA, EPITÁCIO, PESSOA, CORNELIO M. PUPESCU, JOSÉ ALVES DA ROCHA LOURES, PIERRE SAINT-MARC, SAN TIAGO DANTAS, A. SIMONIUS, ABGAR SORIANO e outros (13).

Entre nós, cabe a primazia a ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA que nos dá concisamente os pressupostos da sua aplicação:

“Revisão ou resolução dos contratos pelo juiz pela superveniência de acontecimentos imprevisos e razoavelmente imprevisíveis por ocasião de formação do vínculo e que alterem o estado de fato no qual ocorreu a convergência de vontades, acarretando uma onerosidade excessiva para um dos estipulantes” (14).

Admitida em contratos de execução de obras no direito administrativo positivo, continua fruto de aplicação jurisprudencial no direito privado. Notável é que como “acontecimento imprevisível” passou a ser entendido o fato do príncipe que alterasse o cenário econômico em meio e, provavelmente, em função do qual surgiu o contrato.

A lesão enorme não teve tantos tratadistas, nem despertou tanto entusiasmo como a teoria de imprevisão e, apesar de ser muito mais antiga, sua revivescência não foi tão marcante.

Enquanto que a *rebus sic stantibus* é instituto canonista, dos séculos XII e XIII, a *laesio* remonta ao direito romano.

GIORGI (15) assimila a lesão ora ao erro, ora ao dolo, ora à coação; seria uma presunção legal de um destes vícios. O contraente lesado receberia *menos* do que esperava, seja porque se enganasse, seja porque fôsse enganado, seja porque fôsse constrangido a um contrato desvantajoso. Nas três hipóteses presumir-se-ia ou o erro, ou o dolo ou a coação.

(13) Relação apenas de monografias especializadas e que poderiam ser multiplicadas várias vezes com os nomes de ilustres tratadistas e cursistas que enfrentam o tema.

(14) ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, ed. *Rev. Forense*, 1958, pág. 19.

(15) GIORGI, *Teoria delle Obbligazioni*, Firenze, 1901.

Esta colocação da lesão enorme fá-la depender do elemento subjetivo — vício da vontade. Lembra VON THUR (16), entretanto, que as circunstâncias que fazem excessiva uma obrigação, no momento em que nasce, também é possível que se produzam mais tarde. Se é assim, como cogitar-se de elemento subjetivo? Lesão será um conceito *objetivo* e a ocasional proximidade dos vícios da vontade, simples causa de confusão.

Esta posição se abebera na fonte histórico-doutrinária do instituto. É sabido que a doutrina assenta a justificação da lesão na teoria aristotélica da justiça comutativa, que permeou o direito canônico através do tomismo. Tanto assim que os canonistas desenvolveram um instituto mais ousado: a *lesão enormíssima*: enquanto a lesão enorme viciava o ato, tornando-o anulável, a lesão enormíssima o tornava irremediavelmente nulo.

CAIO MÁRIO (17) lembra que JOSSERAND, não obstante a vinculação do direito francês ao individualismo liberal, aponta várias incursões do Juiz no domínio da autonomia da vontade, para reduzir honorários, multas, etc. Em 8 de junho de 1907 abria-se a primeira brecha na legislação napoleônica, e de tal modo se impôs aos espíritos lúcidos, que levou o grande RIPERT a advogar o intervencionismo na execução dos contratos através do recurso técnico da lesão, notando que as soluções subjetivas da teoria dos vícios do consentimento não bastavam para atender a tôdas as hipóteses em que ocorresse abuso de superioridade. É possível que mais tarde, o amargurado autor de *le Déclin du Droit* tivesse se arrependido desta concessão ao intervencionismo...

Entre nós, em monografia já clássica, CAIO MÁRIO admite que o instituto da lesão refloresceu para participar, não como único remédio, mas como um deles, do movimento em prol de uma justiça de cunho social, pondo-se ao lado do fraco contra o opressor. E, em 1949, deixava estas palavras de notável descortino:

“Eis senão quando o dirigismo assoma por tôda parte, o ideal de justiça não se satisfaz com a simplicidade negativista da liberdade de pactuar, os teoristas do direito preconizam a intervenção na esfera contratual, e

(16) VON THUR, *Derecho Civil*, Ediciones Depalma, 1947.

(17) CAIO MÁRIO, *Lesão nos Contratos*, *Rev. Forense*, 1959.

a equivalência das prestações preocupa de novo os legisladores” (18).

É o Prof. CAIO MÁRIO termina por prenunciar o retôrno a êste instituto corretivo:

“Quer dizer, aquilo que o direito positivo brasileiro na atualidade impõe como *cânon informativo* é o mesmo a que *laesio enormis* visa desde aquêle rescrito imperial que traz no *Corpus Juris Civiis* a data do ano de 285 da Era Cristã” (19).

É o intervencionismo que toma corpo em nome do interêsse coletivo, da noção do bem-comum, sob invocação da regra moral, diminuindo o campo da soberania da vontade e se valendo dos institutos de correção.

Ainda no campo obrigacional, transcendendo para as obrigações de ordem pública (prestações alimentares, indenizações expropriatórias e outras), outro instituto integra o quadro dos instrumentos de correção postos à disposição dos profissionais do direito: é a teoria das dívidas de valor.

Essa teoria veio explicar a natureza sócio-jurídica de certos tipos de prestação monetária, vinculando-a não a quantia certa, mas a valor suficiente.

ARNOLD WALD considera-a, juntamente com a teoria da imprevisão e a cláusula número índice, como “técnicas distintas para garantir a correção monetária ou a revalorização dos créditos” (20).

Mas, enquanto a teoria da imprevisão tem maior amplitude, chegando até a resolução do contrato, e a cláusula de escala móvel só se estabelece como resultado da vontade das partes, a teoria das dívidas de valor se revela um autêntico instituto de correção, de possibilidades ainda não totalmente exploradas.

Na aplicação da teoria das dívidas de valor (*Geldwertschuld*) o aplicador perquirirá a natureza de determinada dívida para saber se o Direito garante um *quantum* ou um *quid* (ARNOLD WALD) (21),

(18) CAIO MÁRIO, *op. cit.*, pág. 214.

(19) CAIO MÁRIO, *op. cit.*, pág. 216 (nosso grifo).

(20) ARNOLD WALD, *A correção monetária no Direito Privado*, M. S. Rodrigues, 1966.

(21) ARNOLD WALD, *op. cit.*, pág. 4.

isto é, se o pagamento de determinada quantia é o próprio objeto da obrigação ou, apenas, meio de solvê-la.

A instabilidade econômica, a inflação, fenômenos que o direito não pôde ignorar, obrigaram o jurista à distinção, para que a lei e o contrato fôssem aplicados com equidade e com atendimento às suas finalidades sociais.

É esta tarefa — a de interpretar e aplicar humanamente a lei, aperfeiçoando os institutos no momento em que vão cobrar vida atuando *in casu* — aquela que apontamos como irrenunciável pelo profissional do direito.

É da essência das leis dirigirem-se ao bem comum, e qualquer interpretação só será válida quando se atrele a êste princípio, e inepta, por mais técnica que possa parecer sob o aspecto de juízo jurídico de valor, se o trair.

A lei será má se mal aplicada. Por isto, o jurista, afastado embora da gênese da lei, deve encastelar-se na defesa de sua finalidade: perdeu seu lugar na *causa efficiens*, mas deve ser o guardião da *causa finalis*.

Vale rematar com lição de OSCAR TENÓRIO, comentando o art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro:

“Para o tomismo, leis que não se destinam ao bem comum não merecem o nome de leis. Por isto tem assegurado ao seu *elaborador* o encargo de não fugir ao preceito essencial”.

e deixa sua apreciação pessoal:

“Sob outra forma tem procedido o direito brasileiro. O depositário do bem comum é o juiz. No tomismo o princípio serve de orientação ao legislador; no nosso direito positivo, ao magistrado” (22).

Pedimos vênia ao ilustre autor para ponderar que o *princípio* se impõe tanto ao legislador quanto ao aplicador, e, dizendo *aplicador*, compreendemos, além dos magistrados, que dão a última

(22) OSCAR TENÓRIO, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Borsoi, 1955, pág. 164.

palavra, aquêles que devem aplicar administrativamente as normas legais e aquêles que devem cooperar profissionalmente na sua aplicação, postulando, defendendo, promovendo, arrazoando, debatendo, recorrendo, reclamando, dando pareceres e doutrinando.

Por isto é que o maior inimigo do Direito é a lei interpretativa. Retirando a resiliência que permite a norma legal adaptar-se a cada caso concreto, a lei interpretativa desumaniza-a e, por consequência, nega o Direito. É o perigo que via SAVIGNY.

Rematando.

O Direito é técnica da justa convivência social.

Mas tem duas etapas: criação e aplicação.

Se a criação causa perplexidade e desânimo, mais razão existe para aperfeiçoarmos a aplicação.

Na aplicação aclarar-se-á o confuso, sistematizar-se-á o desgarrado, suprir-se-á o omissivo e corrigir-se-á a norma que não atingir, no caso concreto, à sua finalidade social.

Com isso, o profissional do direito terá reafirmado a sua ciência, enobrecido sua profissão e contribuído à causa da justiça pelo aperfeiçoamento das instituições.

NINGUÉM PODE FAZER JUSTIÇA POR SI MESMO: O PRINCÍPIO E SEUS LIMITES NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO (*)

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

Professor na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara. Membro do Ministério Público estadual

I — Introdução

1. Situam-se entre as fontes do Direito Brasileiro a *lei* e os *princípios gerais de direito* (art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942).

A primeira é a norma escrita, formal ou materialmente considerada; os segundos são, no conceito clássico, “os princípios fundamentais da legislação positiva, que não se encontram expressos, mas que constituem pressupostos lógicos necessários das normas legislativas” (1).

2. A máxima *Ninguém pode fazer justiça por si mesmo* é, no Direito Privado e no Direito Penal brasileiros, um princípio geral de direito, encontrando-se, outrossim, sob certos aspectos, sancionada pela lei, a qual, porém, no particular, admite, expressamente, algumas exceções.

No campo do Direito Público, o problema tem de ser considerado de forma especial, pela própria natureza deste ramo jurídico e pela presença do Estado como sujeito soberano nas relações por êle disciplinadas.

(*) Relatório apresentado às *Jornadas* de 1966, da Associação Henri Capitant, realizadas de 24 a 28 de novembro, em Lyon, Grenoble e Aix-en-Provence, atualizado em relação à nova Constituição Federal Brasileira, de 1967.

(1) OSCAR TENÓRIO, *in Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2.ª ed., 1955, Editor Borsoi, pág. 184.