

# NOTAS PARA UMA TEORIA DO DIREITO IMPLÍCITO

ARNALDO VASCONCELOS

Professor da Universidade Federal do Ceará  
Professor Convidado dos Cursos de Pós-  
Graduação da Universidade de Fortaleza.

## RESUMO

*Trata-se dos pressupostos, conceito e características do direito implícito e da reforma da teoria da interpretação como decorrência da admissão de sua existência.*

## ABSTRACT

*In this paper we present the concept, presupposition and features of Implicit Law and also the characteristics related to the reform of interpretation theory as a elapsing of the admission of its existence.*

## 1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Em torno de duas constantes tem girado o pensamento jurídico ocidental, desde suas origens mais remotas até nossos dias. Referimo-nos à controvérsia que separa jusnaturalistas e juspositivistas, colocando-se em planos opostos e incomunicáveis. Qualquer tentativa de aproximação é tida, logo, como quebra de princípio ideológico, e, como tal, veementemente condenada pelos ortodoxos de ambos os lados. Muitos deles foram, por isso, incriminados de heréticos.

A força atrativa destas posições não conseguiram subtrair-se nem mesmo as correntes modernas, que se firmaram com o propósito de imprimir tratamento científico ao estudo do Direito. O equívoco começa pela ausência

de neutralidade científica. A ciência do Direito já nasce comprometida com o Romantismo de configuração política. Enquanto Descartes partia da tábua rasa, com vistas erguidas para o futuro, Savigny aceita aprioristicamente os dados históricos, voltando-se para o passado remoto em busca de encontrá-la. O mesmo comprometimento macula todas suas direções fundamentais, desde o empirismo exegético ao próprio historicismo, do sociologismo ao racionalismo dogmático.

Todas essas correntes fizeram expressa profissão de fé antimetafísica, o que importava, antes de tudo, no afastamento do Direito Natural. Mas, todas, ironicamente, desembocaram em idéias e princípios jusnaturalistas. A mais intransigente delas, talvez por ser a primeira em ordem cronológica, denominou-se empirismo exegético, ou Escola de Exegese. Por seu intermédio, realiza-se o desastre da assimilação da Ciência do Direito ao Positivismo jurídico.

Concordaram, de início, em repor a especulação sobre o Direito, que houvera sido afastada por comprometida com a Metafísica e com o Direito Natural. Depois, passaram a admitir a flexibilidade da lei, assim fazendo-a alcançar o Direito que nela não estava de modo explícito. Através dessas concessões, ia-se invalidando o postulado da auto-suficiência da lei para expressar todo o Direito.

Agora, já não se fala apenas em *aplicar* a lei, mas também em *interpretá-la*. Por seu intermédio, deve-se buscar-lhe a perfeição, eliminando-se suas naturais lacunas, corrigindo-se-lhe os defeitos.

Esse Direito que estava por trás da lei, e antes dela, não era mais do que aquilo que os filósofos, desde os primeiros tempos, chamaram Direito Natural. Como os positivistas não podiam aceitar a denominação, criaram-lhe um substitutivo. Clóvis Beviláqua, que viveu à época da proliferação dos cientificismos positivistas, sintetizou de forma exemplar o momento culminante de desenlace da crise: "Por toda parte, os homens do direito sentem as deficiências dos códigos, tentam dar ao direito maior latitude e flexibilidade do que a lei lhe pode oferecer, e, para dar uma base racional às suas aspirações, vão criando sistemas e doutrinas, que se apresentam como sucedâneos e, até, como revivescência do direito natural"(1).

Não admira que a formulação original da doutrina do Direito implícito seja devida a Rudolf Von Ihering, porque nele, realmente, desaguam todas as tendências jurídicas vigentes no século XIX, o racionalismo, como o sociologismo, o historicismo, como o culturalismo. Compõe Ihering, como figura de maior evidência, a pleiade dos "precursores da Escola do Direito Livre"(2). A seu lado formaram Heinrich Dernburg, Joseph Kohler, Erich Danz, Rudolf Stammler, Oscar Bulow, Gustav Rumelin e Karl Wieland.

Através de Lafayette e de Clóvis, que se abeberaram em Ihering, dele recebendo o sopro renovador, a doutrina tem divulgação no Brasil. Verifica Lafayette que, nada obstante a imobilidade natural da lei, "a formação

científica do Direito caminha perpetuamente", por intermédio da manipulação lógica e casuística de seus "princípios reguladores", que "tomam os mais largos desenvolvimentos e recebem aplicações surpreendentes". Identificam-se, aí, as regras a que Ihering chamou latentes, definidas pelo juriconsulto brasileiro como "germes fecundos que o legislador, formulando o pensamento e a necessidade de seu tempo, depositou no texto da lei, sem uma consciência clara do assunto"(3).

Em seu "Juristas Filósofos", no capítulo dedicado ao mestre alemão, Clóvis Beviláqua volta a sublimar a idéia, que já o mesmo Ihering tomara a Savigny, da formação espontânea do Direito. Eis a passagem a que aludimos: "São, portanto, as regras os elementos lógicos do direito. Porém as regras formuladas ou expressas não traduzem, com exatidão, o direito real. É que existem *regras latentes*, cuja aplicação se faz, por assim dizer, inconscientemente, que completam os preceitos expressamente formulados"(4).

A doutrina-padrão de Ihering se encontra exposta no tomo primeiro de "O Espírito do Direito Romano", parte introdutória, onde examina a problemática e a metodologia geral do Direito. Começa por identificar, na formulação do Direito, obra de atividade tríplice: nela colabora o povo, que expressa, em forma de adágios, as leis efetivamente praticadas; o legislador, que exprime e sanciona o Direito existente sob forma de sentimento ou de costume; e o cientista, que detém o conhecimento da sua vigência e das suas virtualidades.

Credita Ihering aos esforços da ciência de sua época a descoberta das *regras latentes* do Direito, muito embora elas já existissem no sistema jurídico da Roma clássica, tanto que tiveram efetiva aplicação. O fenômeno se explicaria pelo fato de referidas regras, à semelhança das leis da linguagem, terem sua formulação racional suprida pelo sentimento e pela intuição popular.

### 3. DIREITO FORMULADO E DIREITO REAL

Comporta o mundo jurídico a diferença fundamental entre normas expressas e normas latentes ou implícitas, a qual se estende imediatamente à distinção, que faz originar, entre *Direito formulado* e *Direito real*.

Ao estabelecer o contraste entre essas duas formas de expressão normativa, quis Ihering destacar a coexistência, no Direito, de elementos racionais e irracionais, de dados objetivos e subjetivos, representando, respectivamente, a contribuição da elite culta e da desinstruída camada popular da sociedade na sua formação e no seu desenvolvimento.

O *Direito formulado*, obra do legislador, constitui o objeto próprio do conhecimento científico, não se manifestando ao povo, senão por suas projeções no *Direito real*; este, de formação lenta espontânea, refoge sempre ao total conhecimento do cientista, mas é perfeitamente sentido e vivido pelo povo, que o tem por autêntico.

O mundo jurídico apresenta, pois, uma antinomia interna, a refletir, com expressividade, o caráter cultural do Direito. Dirigindo-se ao "povo inculto e grosseiro", lembra Ihering essa fundamental realidade cuja significação política tem sido, por toda parte, desdenhada. A ela se preferiu, por exemplo, a ficção do geral conhecimento da lei.

Entretanto, a distinção entre norma explícita e norma latente tem significado mais profundo, que Ihering equipara àquela estabelecida pelo jurisconsulto Paulo entre regra e Direito. Por aí se evidencia a natureza filosófica do tema, sugestivamente dimensionado nos exatos termos que os jusnaturalistas elegeram para exprimir as necessárias vinculações entre Direito Natural e Direito positivo. Afirma Ihering: "Entre as regras do direito e o direito real existe a mesma relação que é apontada por um jurisconsulto romano para as regras de direito: regra é a proposição que elucida o objeto tal qual é, de modo breve. Não é da regra que promana o direito, senão com base no direito, existente por si mesmo, que a regra é estabelecida". Na tradução francesa: "Entre les règles du droit et le droit réel existe le même rapport qui est indiqué par un jurisconsulte romain pour les *regulae juris*: regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat; non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat"(5).

Conferindo com Savigny, pode-se identificar nesse Direito real, popular, o superior Direito dos jusnaturalistas de formação democrática, cujo protótipo é, sem dúvida, Jean Jacques Rousseau.

#### 4 - REFORMA DA TEORIA DE INTERPRETAÇÃO

Adotada a teoria das normas implícitas, mesmo como exigência de afirmação da *plenitude do ordenamento jurídico*, surge, finalmente, a disputa em torno de sua *positividade*. E, em nome de princípios de ordem ética e política, antepuseram-se-lhe duas indagações, imediatamente respondidas de modo negativo. A fidelidade devida ao Direito positivo autorizaria o intérprete a aplicar tais normas? Agindo assim, não estaria legislando e, portanto, destruindo a harmonia e independência dos poderes do Estado, por cuja permanência deveria zelar?

Questões insubsistentes, sem dúvida. Se as normas implícitas não poderiam ser aplicadas, por que, então, admiti-las e identificá-las?

Na verdade, haviam os que levavam seus escrúpulos às últimas conseqüências, preferindo quebrar a vergar. Atitude que Max Rumpert apoda de "hipócrita"(6). A pretexto de manter a presumida vontade do legislador, forçavam e conseqüentemente desvirtuavam a própria natureza das coisas. Foi o que se verificou, por exemplo, com o absurdo da extensão da *teoria da culpa* a serem inanimados.

Outros, porém, sobrepondo a razão de justiça ao dogmatismo doutrinário, passaram a aplicar tranquilamente as normas implícitas, embora temessem confessá-lo. É contra essa "insinceridade" no tratamento da lei, de todo dispen-

sável, que verbera Recaséns Siches. Seu livro "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho" constitui enérgico chamamento à razoabilidade humana e desafio ao abandono dessa insustentável posição. "Lo que espero aportar con este libro es la aclaración que permita a los jueces valientes, cuando se enfrenten con tales problemas, seguir haciendo lo que ya solían hacer, pero harcelo a la luz del día, sin subterfugios ni encubrimientos, fundándolo justificadamente sobre razones que pertenecen esencialmente a la índole del Derecho positivo"(7). O método de interpretação, que predica para que seja alcançado tal objetivo, funda-se na lógica do "razoável" e opera através de princípios axiológicos implícitos. O funcionamento satisfatório da ordem jurídica está a depender da exploração das virtualidades do Direito implícito.

Já se verifica, pois, que as razões invocadas contra o Direito implícito não subsistem. A problematicidade está no Direito positivo mesmo, que é conceito indefinido, oscilando entre a ordem do ser e a ordem do dever-ser. Em cada instante dado, encontra-se ele em fluxo e em desenvolvimento permanente (Adolfo Reinach), portanto, em estado de provisoriedade (Georges Burdeau). Dele, recebe a norma sua imperfeição. Daí a sentença do mesmo Recaséns Siches de que "no hay ninguna ley que salga de manos del legislador completamente hecha, terminada, perfecta"(8).

Relativamente à quebra do princípio da separação dos poderes, improcede o argumento, por dois motivos. Na sua formulação originária, ele jamais funcionou em parte alguma, em qualquer tempo. Sua praticabilidade, ao contrário, adveio da violação da pureza doutrinária, através do mecanismo da interdependência e colaboração dos poderes. O legislar, o executar e o julgar pertencem, de modo comum, a todos os poderes, e, de maneira especial, a cada um deles isoladamente. Basta lembrar que o modelo de Montesquieu foi o sistema inglês, onde, precisamente, o Judiciário se caracteriza por dizer o Direito para cada caso concreto, criando-o sem restrições. O equívoco está na própria concepção da teoria, que já nasceu travada pelo racionalismo de gabinete.

Importa, agora, verificar que só a existência desse Direito implícito pode responder pela afirmativa de que o ordenamento jurídico não tem lacunas, ou seja, espaços vazios de juridicidade. Serve ele, portanto, não apenas à interpretação da lei, como, igualmente, à integração do Direito, ou às duas coisas ao mesmo tempo, posto que não podem ser desvinculadas. Por seu intermédio é que o Direito positivo se completa, revitalizando-se.

## 5 - DIREITO IMPLÍCITO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Da admissão de normas implícitas em todo ordenamento jurídico passou-se à predicção do Direito implícito que, em cada qual, convive com o Direito explícito ou prático. Convém, agora, praticar-lhe o conceito e

definir-lhe as funções. Direito implícito é aquele que está por trás do Direito expresso, sustentando-o, quer no sentido de fundamentá-lo, quer no de projetar a abrangência de suas normas. Está antes e depois das normas explícitas: antes, como padrão que deve subordinar o legislador; depois, como modelo a cuja realização deve propor-se o intérprete.

Na tarefa de fazer-se exprimir o Direito em normas escritas, muito se perde em precisão, de tal modo que a lei sempre contém menos do que aquilo que realmente se pretendeu alcançar. Essa defasagem do processo legislativo há de ser suprida com a ajuda das normas implícitas. Daí porque não só é importante saber o que o legislador disse, e como disse, quanto o que deixou de dizer, e porque assim terá ocorrido. A parte visível do ordenamento jurídico, pré-formulada, e sua face oculta, implícita, formam o todo indissociável, que é o direito positivo.

Excelente estudo sobre o Direito implícito foi realizado por Lon Fuller, professor da Universidade de Havard. Aproximadamente um terço de sua obra "Anatomy of the Law" é dedicado ao tema, aí estudado sob o prisma das fontes do Direito. Através desse enfoque, confessa o autor propor-se a desenvolver a problemática das fontes em toda amplitude, explorando ao máximo suas potencialidades.

Lon Fuller opõe Direito implícito a Direito criado, apontando-lhe por paradigmas o costume e a lei. Esta tem autor, por toda parte identificável, enquanto o costume, ao contrário, não possui autor, nem criador específico. A controvérsia que divide juspositivistas e jusnaturalistas se alimenta dessa distinção, que comumente propicia assimilações deformadoras do fenômeno jurídico, a exemplo da tentativa de John Austin em converter o Direito consuetudinário em Direito positivo, no sentido especial, que dava a este, de Direito imposto pelo Estado. Desse modo, "así como Austin buscó reducir el Derecho implícito a Derecho creado, así también existen filósofos que intentan hacer del Derecho creado algo que se avecine más ao Derecho implícito". A realidade do Direito, para os últimos, "yace, en última instancia, en el consentimiento público"(9). Lévy-Bruhl representa com autenticidade essa corrente.

De acordo com essas tendências, entre Direito implícito e Direito criado existe uma relação de complementação. Enquanto para os juspositivistas a lei é complementada pelo costume, para os jusnaturalistas, de maneira oposta, o costume é que é inteirado pela lei. Entende Lon Fuller serem artificiais essas posições, frutos dos extremismos que as engendraram. Com efeito, lei e costume não diferem essencialmente, posto que ambos são frutos da vontade coletiva da comunidade. Em cada qual, na lei e no costume, convivem elementos implícitos e elementos criados, os quais se compõem através de processo de interação. A preponderância de um ou de outro define, apenas, as formas de Direito. Esse, o ensinamento que recolheu da história evolutiva dos sistemas jurídicos. Reveste a mesma dignidade histórica a verificação de que Direito implícito é aquele que se conforma com a "natureza

das coisas". Nesse ponto, entronca o Direito implícito no Direito Natural, absorvendo-o, porquanto "la reconquista de una perfección perdida (el mito del Código de la Natureza) es también una teoría de Derecho implícito"(10).

O princípio da "natureza das coisas", tanto quanto o "Direito Natural concreto", que através dele se formula, presta-se, perfeitamente, a caracterizar o Direito implícito. Como dado prévio do Direito, influencia sua formação, fundamentando-o; na qualidade de suporte do Direito estatuído, serve a seu desenvolvimento, propiciando ao intérprete condições de sanar-lhe as obscuridades e lacunas.

Essas virtudes inerentes à "natureza das coisas" haviam sido postas em evidência, com anterioridade, por Derburg, Radbruch e W. Maihofer, que assim a recuperaram do descrédito que sobre ela lançara Binding, taxando-a de conceito inteiramente vazio. A preconceituosa visão positivista nela identificara um dado ideal, transcendente, que urgia afastar em nome da verdade positiva. Lon Fuller, como seus antecessores, não tergiversa em apresentá-la como conceito imanente às coisas, que ele, particularmente, deduz da presença de elementos do Direito implícito no ordenamento jurídico. Estaria, por isso, apto a simbolizar os *factores reais* do Direito, como tal contrapondo-se a seus *factores ideais*, esses sim, de ordem metafísica.

Seu interesse em esclarecer o sentido da "natureza das coisas", porém, é quase nenhum, se comparado à diligência que põe em demonstrar a interação entre Direito criado e Direito implícito. Com isso, estará invalidando as teses extremas e opostas, para as quais o verdadeiro Direito se encontra, com exclusividade, na sua formulação explícita ou na sua vivência implícita.

Procura Lon Fuller, de início, revelar os elementos implícitos do Direito criado. Encontram-se, na exposição de seu raciocínio, alguns argumentos básicos, que envolvem matérias de distinto caráter. Reproduzamo-lo no essencial: a) Não há norma jurídica totalmente criada, isto é, capaz de servir de modo pleno à realização das hipóteses previstas. Por isso, a tarefa interpretativa visa, em grande parte, a "ajustar la ley a las necesidades y valores implícitos de la sociedad que ha de regir"(11); b) O funcionamento dos sistemas de governo tem evidenciado, no correr de seu processo histórico, a constante busca de um critério de legitimação da ordem jurídica, que esteja acima da vontade onipotente do soberano. Quando um e outra desgraçadamente coincidem, têm-se os governos absolutos, épocas de apogeu do Direito estatuído. O escudo da luta contra o absolutismo político, não é outro, senão o Direito implícito, que se quer fazer vigorar ao lado e acima daquele. A disputa só termina com a celebração de um pacto, consistente "en hacer las leyes respetando lo que aquí hemos calificado de normas implícitas de la creación jurídica"(12).

Além do mais, está convicto Lon Fuller de que existem inafastáveis razões a impedir a liberação do Direito criado da dependência das normas implícitas. Para comprová-lo, argumenta com base na Constituição escrita,

que compõe o vértice das ordens jurídicas modernas. Nenhuma delas discrimina, de modo exaustivo, as proibições de condutas flagrantemente indecentes e desonestas. Se o legislador constituinte assim o fizesse, sua obra resultaria num museu de monstruosidades. No entanto, a vedação está pressuposta nas normas implícitas. A propósito, lembra que, "si la Roma Imperial hubiera tenido una constitución escrita, difícilmente pudieran haber previsto sus creadores que el Emperador Calígula nombraría cónsul a su caballo"(13).

Retomando como molde do Direito implícito o Direito consuetudinário, propõe revelar, por fim, os elementos de Direito criado responsáveis pela conformação daquele. Para tanto, convém transitar à margem das posições extremadas, isolando tanto a mística consuetudinária, como o mito estatizante. Nem Savigny, tampouco John Austin. Urge afastar, principalmente, a concepção reducionista deste último, por envolver o equívoco de deferir ao costume o caráter de Direito estatal, assim o privando da nota de espontaneidade, que o individualiza. Não se há de atribuir ao Estado o poder privativo de criar Direito, sob pena de ter-se de eliminar a juridicidade de tudo que não derive da fonte estatal, a começar pelo próprio costume. Direito criado não significa Direito estatal, tando que este representa, apenas, uma parte daquele, ponderável, sem dúvida, mas, mesmo assim, nada além de uma de suas parcelas.

Ao lado do Direito estatuído e do Direito consuetudinário, e como terceira forma de disciplinamento das relações sociais, Lon Fuller situa o Direito contratual. Observa que o Direito consuetudinário, igualmente ao Direito contratual, surge de expectativas, ou melhor, da reciprocidade de expectativas. Também os aproxima a comum origem não estatal. O traço que os diferencia e os afasta está na predominância, no Direito contratual, de elementos criativos, enquanto o Direito consuetudinário se afirma em decorrência da supremacia do implícito no Direito.

Essa reciprocidade de expectativas, por implicar numa atitude consciente, representa, na realidade, um elemento criado do Direito implícito. O papel que aí desempenha, com não merecer maior destaque, não pode, contudo, ser desprezado. A reciprocidade de expectativas chega a preponderar, muitas vezes mesmo, sobre a vontade que as partes expressaram no contrato escrito. Do ponto de vista doutrinário, referido conceito presta-se a estender ao costume a concepção contratualista ou, se quiserem, neocontratualista do Direito. Retira-se-lhe o caráter de ordem verticalmente imposta pelo soberano ao súdito, o que, também sob o aspecto político, coloca a doutrina do Direito implícito em harmonia com o melhor pensamento contemporâneo sobre o Direito.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 01 - BEVILÁQUA, Clóvis. **Estudos jurídicos**. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1916. p.169.
- 02 - REICHEL, Hans. **La ley e la Sentencia**. Editorial Madrid, Reus, 1921, p. 26-32.
- 03 - PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das cousas**. Jacintho Ribeiro dos Santos - Editor, Rip, s/d, p. 10-11.
- 04 - BEVILÁQUA, Clóvis. **Juristas filósofos**. Bahia: José Luiz da Fonseca Magalhães. 1897. p. 70.
- 05 - RUDOLF VON IHERING. **Lesprit du Droit romain**. França, Librairie A. Marescq Aínê, 1886, Tomo I, p. 34.
- 06 - RUMPT, Max. apud Hans Reichel. **La Ley y la sentencia**. cit., p. 36.
- 07 - SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la Interpretación del Derecho**. México: Porrúa, 1973, p. 23.
- 08 - Id, *Ibidem*, p. 539.
- 09 - FULLER, Don L. **Anatomía del Derecho**. Monte Avila, Caracas, 1969, p. 84-85.
- 10 - Id, *Ibidem*, p. 97.
- 11 - Id, *Ibidem*, p. 107.
- 12 - Id, *Ibidem*, p. 122.
- 13 - Id, *Ibidem*, p. 112.