Número 20 – outubro/novembro/dezembro de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO NA INTEGRAÇÃO DAS NORMAS

Profª. Laura Scalldaferri Pessoa
Juíza de Direito. Mestranda em Direito Privado (UFBA.
Especialista em Direito Processual Civil.

1 - INTRODUÇÃO

A questão das lacunas e dos meios usados para colmatá-las é tema que sempre exerceu sobre os juristas enorme atração, sendo inúmeras e díspares as considerações que emergem de tal estudo, inexistindo uma exata correspondência entre as concepções que procuram esclarecê-lo. Os princípios gerais do direito ocupam uma posição de destaque neste quadro, ao serem apontados pelo legislador como um dos meios supletivos das lacunas. Entretanto, como pretendemos demonstrar, são muitas as dúvidas suscitadas pelo assunto. O que vem a ser efetivamente "princípios gerais do direito", como apreendê-los e utilizá-los e qual a sua real natureza jurídica são apenas algumas das indagações para as quais buscaremos respostas, sendo nossa única pretensão aclarar o entendimento do instituto em exame, em razão da sua complexidade e abstração.

2 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A INTEGRAÇÃO

> *Pode-se dizer que nem sempre o caso submetido ao juiz tem disciplina prevista em texto legal. Assim, por exemplo, na França, no fim do século passado, em face de prescrever o art. 1328 do Código Civil Francês, a responsabilidade civil, fundada na culpa provada pelo lesado, muitos acidentes do trabalho ficaram, antes da lei de 9 de abril de 1898, sem reparação, por não poder o operário acidentado provar a culpa do patrão. O que fez a jurisprudência francesa? Decidiu pela*

> *responsabilidade do patrão, salvo se fosse por este provada culpa exclusiva do empregado. Vemos aí um caso em que a lei, anterior a fatos criados pela industrialização, não dava solução para inúmeros acidentes diários, deixando a parte, economicamente fraca, desamparada, quase com sua capacidade de trabalho reduzida para toda vida, quando permanente a lesão. A jurisprudência encontrou a solução invertendo o ônus da prova*[1].

O exemplo citado por Paulo Dourado de Gusmão nos mostra uma realidade inegável e que se apresenta com mais frequência do que o suposto: a de que o Direito, embora dinâmico, não consegue acompanhar a rapidez das transformações sócio-econômicas e culturais, ou ainda, que a legislação escrita, por muitas vezes, não se harmoniza com os anseios e as necessidades da comunidade a que se destina. Não é mesmo raro, como preconiza Ihering, a possibilidade da lei transformar-se num "fantasma de direito", isto é uma reunião de palavras vazias que não se realiza [2].

É a lacuna, pois, fruto da impossibilidade reconhecida à mente humana de prever e disciplinar a infinita variedade dos casos futuros. Assim, necessário se torna admitirmos a existência das mesmas, considerando o sistema jurídico como um todo aberto, dinâmico e prospectivo, capaz de receber novos elementos sem alterar as regras já existentes.

Admitida e constatada, é preciso colmatar a lacuna em razão da proibição de denegação da justiça. Diz-se colmatar, isto é, tão somente preencher aquele vazio que se apresentou, já que a lacuna não é eliminada através da integração. Ela permanece latente no sistema e apenas é solucionada para aquele caso concreto.

Ao integrar, o juiz não atua de acordo com as suas convicções pessoais, nem subroga-se na função do legislador, elaborando livremente a norma que este faria se tivesse previsto o caso. Ao revés, a função integradora do órgão judicante lhe é conferida pela própria ordem jurídica que, evitando o arbítrio e ocasionais riscos à segurança do direito, previu no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n° 4657/42) e no art. 126 do Código de Processo Civil os limites desta atividade:

> *Art. 4º- "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.*

[1]GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução á ciência do direito. 3. ed. [S.l.]: Forense, 1965. p. 157.
[2]In: DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução á ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 180.

> *Art. 126 - "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normais legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito."*

Esgotados, portanto, todos os recursos hermenêuticos de investigação do sentido das normas, seja no seu espírito ou na sua expressão literal, sem encontrar enquadramento, em qualquer delas, para o caso particular submetido à sua apreciação, o juiz parte para integrar o ordenamento, através dos meios apontados pela própria ordem jurídica.

Embora contenha o já referido art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil uma regra dita de aplicação a todas as normas de direito interno e não apenas às de direito privado, para Espínola *"verdadeiramente o diploma de aplicação, no tempo e no espaço, de todas as leis brasileiras"*[3], a doutrina ressalta de forma quase unânime a sua inaplicabilidade em matéria penal e tributária, em razão do princípio da legalidade. Uma vez que somente a lei e não outra fonte formal do Direito pode definir crimes ou cominar penas e criar obrigação tributária, segue-se não caber nunca, para esse fim, a integração na esfera desses dois ramos do Direito Público.

No que tange aos princípios gerais do direito, apenas uma ressalva há que ser feita sobre esta regra "geral": como ignorarmos o princípio *"in dubio pro reo"*, que norteia o Direito Penal? Que outra natureza poderia ter que não a de um princípio geral de direito? Somos forçados a reconhecer nele um verdadeiro princípio geral, embora restrito à matéria penal, constituindo-se numa exceção à regra acima aludida.

O art.4º da LICC suscita ainda outras discussões, como a questão da hierarquia entre as fontes supletivas ali indicadas.

Nessa esteira de entendimento, a opinião doutrinária se divide entre aqueles que entendem poder o juiz, verificando a lacuna ou omissão, preencher o espaço vazio, servindo-se de qualquer um dos meios, independente da ordem que se achem na lei. [4]

Outros entendem existir uma hierarquia entre a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, isto é, devem incidir tais fontes supletivas na ordem e sequência em que foram indicadas pelo legislador, pois se assim não fosse, ele não teria a elas duplamente se referido **na mesma ordem** (art.4º, LICC e art.126, CPC). Acentuam ser razoável a aplicação prioritária da analogia, porque se trata de uma solução que decorre do próprio sistema[5] e,

---

[3] In: NOGUEIRA, Rubem. **Curso de introdução ao estudo do direito**. [S.l.]: Bushatsky, 1982. p. 245.
[4] Vide opinião de Oscar Tenório, Rubem Nogueira e outros.
[5] Maria Helena Diniz denomina a analogia de auto-integração.

portanto, uma solução mais próxima do direito escrito, da idéia matriz de todo o nosso sistema. O costume, então, só seria utilizado se impossível a aplicação analógica de uma lei. Na falta de Direito Costumeiro aplicável, o recurso aos princípios gerais do direito[6].

Poder-se-ia indagar, ainda, se o legislador foi taxativo na enumeração do art.4º, isto é, se excluiu outros métodos de preenchimento de lacunas. E se o fez, qual o papel da jurisprudência e da doutrina? Pode o juiz delas servir-se para integrar?

A dúvida é pertinente, todavia parece mais acertado o entendimento de que o legislador foi claro em sua disposição, não admitindo outras fontes supletivas que não a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Quanto à doutrina e a jurisprudência, não há como negar a sua importância e a força da sua influência nas decisões judiciais. A realidade da prática forense nos mostra a sua presença constante como fundamento e reforço de argumentação de sentenças e acórdãos. Tal não possui, entretanto, o condão de elegê-las elementos de integração das normas jurídicas.

3 - CONCEITO

A conceituação dos princípios gerais do direito encerra enormes dificuldades. Para alguns, seriam os princípios do chamado direito natural. Para outros, se resumiriam na equidade ou derivariam do Direito Romano. Finalmente, constituiriam regras gerais, induzidas pela Ciência e pela Filosofia do Direito dos sistemas jurídicos, tendo cunho de universalidade.

3.1 - DOUTRINA QUE IDENTIFICA OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO COM O DIREITO ROMANO

Esta corrente contém uma idéia ultrapassada, eis que este direito tem, atualmente, no dizer de Rotondi, *mero sabor histórico*[7], mesmo se o considerarmos como a estrutura sobre a qual foram construídas quase todas as codificações modernas. E mesmo porque, com o advento do Código Civil, o Direito Romano deixou de ser considerado como fonte de Direito.

[6]Cf. ALVIM, Agostinho. **Comentários ao código civil**. vol. I. [S.l.]: Jurídica e Universitária, 1968. p. 59.
[7]In: BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Lei de introdução ao código civil**. vol. I. São Paulo: Max Limonad, [S.d.]. p. 353.

3.2 - DOUTRINA QUE IDENTIFICA OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO COM A EQUIDADE

Esta linha de pensamento - à qual se filiam autores como Maggiore, Osilia, Giorgio Giorgi, Borsari, Tripicione e Scialoja - entende que a equidade se identifica com os princípios gerais do direito, já que toda lei, por não ser um ato de arbítrio individual, se inspira, **necessariamente,** numa certa idéia de equidade.

Se, para atingir tais princípios, deve-se recorrer ao método indutivo (vide seção 8), elevando-se o juiz até as normas mais abstratas que seja possível obter, encontrar-se-á um elo comum a todas elas: a intenção de seus autores - realizada ou não – de fazê-las preceitos justos. Estes princípios têm que ser justos; mas, ser justo é também, para o legislador, o primeiro princípio de ação, o supremo, o fundamental, pois serve de base aos demais[8].

Para criticarmos esta doutrina é preciso saber exatamente em que consiste a equidade. Se a entendermos num sentido amplo, qual seja, o "ideal de justiça" que deve nortear todo o Direito Positivo, poder-se-ia talvez considerá-la um meio de integração, identificando-o com um princípio geral do direito.

A dificuldade aqui está justamente no fato deste "ideal de justiça" refletir-se numa idéia vazia, ausente de concretude e imprestável para as soluções que a vida exige.

Entretanto, se a entendermos num sentido estrito, isto é, a justiça do caso concreto, o abrandamento do *rigor juris* em face das circunstâncias específicas da hipótese em foco e, como tal, dotada de singularidade e especificidade, não poderia ser considerada como princípio genérico, uma vez que é pauta individualizadora de conduta[9]. A equidade é vista, então, como elemento auxiliar de interpretação e não como meio de integração.

Além do mais, como bem ensina Pacchionni, o legislador não quis confiar a solução dos casos não contemplados expressamente ou por via analógica, ao arbítrio equitativo do juiz, porque em todos os casos nos quais considerou conveniente recorrer à equidade, assim estabeleceu expressamente[10]. Não se trata, pois, de decidir **por** equidade fazendo justiça, mas ignorando a lei; porém de decidir **com** equidade.

---

[8]Eduardo García Maynez. In: BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Lei de introdução ao código civil**. vol. I. São Paulo: Max Limonad, [S.d.]. p. 351.
[9]A opinião é de Campos Batalha. *Op. cit*. p. 352.
[10]Pacchionni. In: BATALHA, *op. cit*. p. 351.

3.3 - CONCEPÇÕES SUPRAPOSITIVAS

Dentro de uma orientação jusnaturalista, nos princípios gerais do direito se verificaria uma concretização de verdades filosóficas perenes.

Compartilhando esta opinião estão vários autores de nomeada, destacando-se Del Vecchio, que numa crítica ao *positivismo* angustiante, entende que tais princípios não têm nenhuma relação com um sistema de Direito Nacional, mas se referem *"às verdades supremas do Direito, in genese, ou seja, àqueles elementos lógicos e éticos do Direito, que por serem racionais e humanos, são virtualmente comum a todos os povos"* [11].

A primeira crítica sofrida por esta doutrina é que ela não levou em conta a história. Del Vecchio insiste a respeito do princípio que considera o ser humano um sujeito de direito, mas inúmeras sociedades primitivas prosperaram com o braço escravo e a escravidão negou o caráter de sujeito a milhões de homens.

A mesma crítica ainda, à luz da história, procede quanto à família e a propriedade em geral. A família atravessou diversas fases, passando do clã totêmico ao matriarcado, deste ao patriarcado, deste à gens, até chegarmos à família conjugal dos nossos dias. Isto nos mostra a fragilidade da afirmativa de serem imutáveis os princípios gerais do direito[12].

Clóvis Beviláqua insere-se nesta corrente, como podemos deduzir do texto, *ipsi verbis:*

> *As expressões princípios gerais do direito, direito natural, espírito da lei, no sentido em que, neste caso, as empregam, pretendem significar a mesma coisa. Trata-se de indicar, como fontes supletivas do direito positivo, as regras mais gerais que constituem o fundamento mesmo da ciência e da arte do direito; não somente os princípios que dominam o direito nacional, como ainda o conjunto dos preceitos essenciais, que servem de expressão ao fenômeno jurídico*[13].

Com ele concorda Serpa Lopes, admitindo, todavia, que não se devem abandonar completamente as instituições do direito nacional, que não

---

[11]DEL VECCHIO, Giorge. **Los princípios generales del derecho**. Tradução de Juan Ossorio Morales. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1948. p. 130 e 131.
[12]TENÓRIO, Oscar. **Lei de introdução ao código civil brasileiro**. 2. ed. [S.l.]: Borsoi, 1955. p. 23.
[13]BEVILÁCQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1908. p. 44.

podem deixar de ser consideradas como os demais critérios, não como fator único, senão como elemento de coordenação e de esclarecimento[14].

A seu turno, Legaz Lacambra considera-os como princípios jurídicos fundamentais de validade universal e absoluta, isto é, princípios de Direito Natural[15].

Para Eduardo Espínola, os princípios gerais do direito correspondem àquele ordenamento imanente às relações da vida (natureza das coisas), no qual o próprio legislador vai haurir os seus mandamentos; têm um caráter universal, perdurando uns através dos tempos, outros se modificando, para acomodarem-se à evolução das instituições sociais, políticas, morais, econômicas, de que resultam sérias transformações na ordem jurídica[16].

Aos demais autores que, como Espínola, identificam os princípios gerais do direito com a própria natureza das coisas, Pacchioni observa-lhes que, sendo impossível estabelecer a verdadeira e própria natureza das coisas, é também impossível fixar com segurança as normas que se possam considerar conforme tal natureza. É assentar um conceito vago sobre uma base mais vaga ainda.

A crítica mais severa que se faz a esta concepção suprapositiva é que nem todos que a adotam consideram o Direito Natural da mesma maneira. Para uns é o Direito conforme a natureza humana, eterno e universal. Para outros é o que corresponde à justiça ou o que melhor corresponde à natureza das coisas segundo o ideal de justiça de um dado momento histórico; concepções essas que prescindem dos característicos de perpetuidade e de universalidade[17].

3.4 - CONCEPÇÕES POSITIVAS

De modo geral, os autores adeptos desta corrente identificam os princípios gerais do direito com os princípios gerais latentes no sistema das disposições legislativas, princípios que se deverão reconstituir mercê de um processo de sucessivas e sempre mais amplas generalizações.

Neste sentido, muito apropriada a opinião de Francesco Carnelutti: *"os princípios gerais do direto não são qualquer coisa que exista **fora do direito escrito,** mas **dentro dele,** pois não se extraem senão das normas constituídas. Estão*

[14]LOPES, M. M de Serpa. **Lei de introdução ao código civil**. 2. ed. vol. I. [S.l.:s.n.:s.d.]. p. 152.
[15]Legaz Lacambra. In: BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Lei de introdução ao código civil**. vol. I. São Paulo: Max Limonad, [S.d.]. p. 339.
[16]ESPÍNOLA, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. vol. I. [S.l.]: Freitas Bastos, 1943. p. 64.
[17]Pacchionni. In: BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Lei de introdução ao código civil**. vol. I. São Paulo: Max Limonad, [S.d.]. p. 340.

dentro do direito escrito como o álcool está dentro do vinho; são o espírito ou a essência da lei. São princípios de direito positivo, não de direito natural ou de direito histórico; a história ou a filosofia não são aquilo ***de que*** *se extraem, mas* ***com que*** *se extraem os princípios gerais das normas constituídas."*[18]

Segundo Hermes Lima são *"orientações normativas integrantes da lei ou de seu espírito e que ajudam a expansão lógica do direito."*[19]

De uma forma preponderante, a doutrina italiana adotou a linha positivista, em seguimento à disposição do Código Civil Italiano, que se refere aos *"principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato".*

Assim temos: Alessandro Groppali - *"princípios não expressos, mas subentendidos, do próprio direito vigente";* Giorgio de Semo - *"são aqueles extraídos, com processo lógico de generalização crescente, do próprio organismo do direito positivo e vigente"*, e muitos outros como Cogliolo, Pedrali Noy e Filomusi Guelfi [20].

Estamos que a melhor conceituação é a dada por Coviello, com a qual concorda Oscar Tenório. Estabelece o autor *que "são aqueles princípios em que se assenta a legislação positiva e, embora não se achem formulados em nenhum lugar, formam o pressuposto lógico necessário das várias normas desta legislação"*. E prossegue: *"o princípio seria um foco de luz para iluminar o texto ou a aplicação do mesmo."*[21]

4 - BREVE NOTICIA HISTÓRICA

A idéia de princípios gerais do direito não é moderna. Na Antiguidade, os gregos conheciam uma lei escrita e uma não escrita *(agrafos nomos)*, oriunda da natureza, fundada na equidade ou tradição, ou imposta pela Moral e pela Religião. Aristóteles definia-os como *"um freio dos fenômenos sociais repreensíveis, situando-se no mundo ideal dos valores e no mundo real, onde surgem as consequências"* [22].

Roma, por influência filosófica grega, conheceu ao lado do direito civil, um direito natural. Cícero reconheceu os princípios gerais do direito como

[18]Francisco Carnelutti. In: BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Lei de introdução ao código civil**. vol. I. São Paulo: Max Limonad, [S.d.]. p. 336.
[19]LIMA, Hermes. **Introdução á ciência do direito**. 25. ed. [S.l.]: Freitas Bastos,1977. p. 157.
[20]BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Lei de introdução ao código civil**. vol. I. São Paulo: Max Limonad, [S.d.]. p. 334 e 335.
[21]Coviello. In: LIMA, Hermes. **Introdução á ciência do direito**. 25. ed. [S.l.]: Freitas Bastos,1977. p. 155.
[22]DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução á ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 181.

instrumentos que possibilitariam resolver casos novos, ao indagar-se de qual princípio aquele caso deduzir-se-ia.

Então, esta primeira fase foi marcada pelas idéias clássicas do Direito Natural e em Roma vê-se surgir diversas coletâneas destes princípios, aqui denominados *regulae juris*.

De todas estas coletâneas, destaca-se a de Justiniano, inserta no Digesto, sob o título *"De Diversis Regulis juris Antiqui".* Estas regras constituíram a lei em vigor entre os povos cultos desde a Antiguidade até o aparecimento dos códigos modernos no século XIX. Na era medieval, o catolicismo estabeleceu um âmbito da lei positiva e um da lei natural, dando maior importância ao último, onde se enquadrariam os princípios gerais do direito.

Neste segundo momento, em substituição à concepção clássica do Direito Natural, surge o jusnaturalismo, que constituiria, no entender de seus prosélitos, *"um feixe de regras universalmente válidas e imutáveis, das quais seria possível deduzir, more geometrico, as regras especiais aplicáveis aos casos concretos"* [23]. Na idade média, duas grandes coletâneas de axiomas jurídicos podem ser destacadas: a de Pílio de Medina e a obra de Burchard, Bispo de Worms, de cujo nome vertido para o latim – *Brocardus* - se teria originado a própria palavra "brocardo", que designa de um modo geral as máximas jurídicas. Mas, foi no período moderno que se negou os princípios gerais do direito, por causa da orientação individualista dominante neste período. Porém, as necessidades práticas e a insuficiência das normas jurídicas compeliram o individualismo a restaurá-los e até hoje eles são reconhecidos pela maioria das nações, não só no direito interno, como também no internacional, pois o art. 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, ao indicar os fundamentos jurídicos que aplica, aponta na seção 3, ao lado dos convênios e costumes internacionais, *"os princípios reconhecidos pelas nações civilizadas."* [24]

5 - DIREITO COMPARADO

A maioria das legislações modernas, na generalidade, de uma forma (expressa e literal) ou de outra (implícita e dedutível) fazem referência aos princípios gerais do direito como complemento da lei omissa. Entre aqueles que utilizam a expressão "princípios gerais do direito" estão o Código Argentino, o Chinês, o Espanhol, o Hondurenho, o Mexicano, o Peruano e o Venezuelano. A legislação pátria insere-se nesta categoria e

[23]FRANÇA, Rubens Longi. **Princípios gerais de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [S.d.]. p. 29.
[24]DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução á ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 182.

> *[...] embora tais palavras possam não significar o ponto de chegada das conclusões da ciência sobre a matéria, e tenham efetivamente dado azo à mais variada lucubração dos comentadores, o fato, a nossa ver, é que a locução em apreço, quando menos, constitui o ponto de partida apropriado para os trabalhos dos doutos e o consequente progresso do Direito no que ao assunto concerne*[25].

O código Austríaco fala em "princípios fundamentais do Direito Natural", identificando-se, assim, como uma concepção suprapositiva do instituto.

Já o atual Código Italiano segue uma linha positivista, referindo-se a *"princípios gerais do ordenamento jurídico do estado"* substituindo a disposição do direito anterior que falava em princípios gerais do direito. A doutrina italiana se orientou no sentido de que são princípios antecedentes ao ordenamento jurídico positivo, nos quais se inspirou o legislador e que através da legislação concreta penetram no ordenamento jurídico a guisa de pilar fundamental da sua estrutura, mas formalmente não expressos. Barbero entende que se tais princípios são qualquer coisa de real, presente e consciente na mente do legislador, e cujos efeitos se revelam na concretização da norma, não se deve negar a possibilidade de encontrá-los numa formulação expressa[26].

Para Trabucchi, estes princípios não estão escritos, mas existem e estão implícitos como pressupostos racionais do direito positivo[27].

O Código Suíço não se refere de modo expresso a princípios gerais do direito, mas Limongi França entende que o art. 1º, 2ª parte, ao dizer o legislador que o juiz, à falta de uma lei ou costume, deve decidir *"segundo as regras que estabeleceria se devesse produzir ato de legislador"*, em verdade consagrou indiretamente tais princípios, pois, se a eles o magistrado não devesse recorrer, fatalmente cairia na arbitrariedade[28].

Mas também a formula do Código Civil Suíço levanta problemas muito delicados. Em que medida, por exemplo, deve o juiz, que se há de comportar como legislador, apoiar-se na sua concepção eminentemente pessoal duma legislação acertada, e em que medida deve ele esforçar-se por manter uma ligação com o legislador histórico? Segundo que princípios atua, afinal, o próprio legislador na descoberta do Direito?

A questão decisiva será sempre a de saber em que medida a "valoração pessoal" é entendida como uma decisão efetivamente pessoal,

---

[25]FRANÇA, Rubens Longi. **Princípios gerais de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [S.d.]. p. 39.
[26]BARBERO, Domenico. **Il sistema del diritto privato**. Torino: UTET, 1989.
[27]TRABUCCHI. **Istituzioni di diritto civile**. Padova: Cedam,1989.
[28]FRANÇA, Rubens Longi. **Princípios gerais de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [S.d.]. p. 40.

subjetiva e em que medida ela é uma decisão que encontra apoio em critérios objetivos. Na dúvida procurar-se-á, no preenchimento de lacunas, uma decisão objetiva[29].

Parece-nos não ser precipitado afirmar que as mesmas considerações podem ser aplicadas ao Código Português quando este se refere em seu art.10, inciso 3, à *"norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema".* Assim como no Código Suíço, o legislador português não faz menção expressa aos princípios gerais do direito, embora isto não implique na inexistência deles no Direito positivo desse país.

Finalizando, devemos lembrar que mesmo nos países cujos Códigos silenciam a respeito, como o alemão, a doutrina e a jurisprudência dão a tais princípios foros de regras obrigatórias[30].

6 - NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica dos princípios gerais do direito ainda é tema polêmico e controvertido, havendo autores que os consideram verdadeiras normas, outros os identificam com os brocardos e há ainda aqueles para os quais são meras diretivas informadoras do ordenamento. Podemos afirmar que considerá-los brocardos é uma concepção ultrapassada, embora Orlando Gomes, repetindo a lição de Brethe de La Gressaye e Laborde Lacoste, distribua-os em três grupos, sendo que um deles é justamente o constituído pelos provérbios jurídicos, adágios, máximas, parêmias ou brocardos[31].

A opinião do Mestre merece respeito, mas preferimos o entendimento de Maria Helena Diniz, compartilhado por Eduardo Espínola, de que não devem ser confundidos com os brocardos, embora estes tenham, às vezes, a aparência de princípios gerais e absolutos. Estes adágios valem apenas como cristalizações históricas dos princípios gerais o direito, como por exemplo, "*actus non a nomine sed ab effectu, judicatur*" (o ato jurídico é apreciado, tomando-se em consideração, em vez do simples nome, o que foi efetivamente desejado, isto é, a denominação falsa ou errada do ato não influi no valor e aplicabilidade das disposições).

A prática demonstra serem eles frequentemente contraditórios, pois frente a um que afirme certa regra, é comum encontrarmos outro que contenha regra oposta, vez que nenhum deles encerra uma verdade absoluta. Podem

[29]ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkianj, [S.d.]. 250.
[30]Rubens Longi França. In: DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução á ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 120.
[31]GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 8. ed. [S.l.]: Forense, 1986. p. 65.

ser um perigoso instrumento nas mãos de um juiz pouco experiente na arte de interpretar, pois não há um único brocardo que não seja falso como máxima geral. Cada um tem um campo de aplicação com limites próprios, fora dos quais vigora a regra oposta, mais não exprimem quais sejam esses limites. Por isso é necessário examinar, detidamente, o instituto jurídico ao qual será aplicado e penetrar no sentido, no conteúdo, no alcance e na finalidade da norma.[32]

A mesma autora - adepta do tridimensionalismo, para quem o sistema jurídico é composto de três elementos (repertório), fato, valor e norma, regido por regras isomórficas (estrutura) - defende a natureza normativa dos princípios gerais do direito.

O princípio não seria uma simples idéia, algo cerebrino, mas um elemento constitutivo do próprio sistema e que possui múltipla natureza: a) pode decorrer dos subsistemas normativos; b) pode derivar das idéias políticas e sociais vigentes; c) reconhecidos pelas nações civilizadas os que tiverem *substractum* comum a todos os povos ou a alguns deles em dadas épocas históricas. [33]

Se aceitarmos esta colocação como correta, imperioso será questionar que se há norma - o princípio seria uma - há que se falar em lacuna e se inexiste lacuna, não há razões para integrar, nem utilizar princípios gerais do direito.

Apesar dos argumentos válidos, parece-nos que “os princípios gerais do direito não são elementos do repertório do sistema, mas fazem parte de suas regras estruturais, dizem respeito à relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão” [34]

Alguns autores negam-lhe o caráter de norma, apontando como um dos critérios distintivos entre eles e as normas, o fato deles serem tão gerais, que podem aplicar-se a distintas matérias, enquanto que as normas são relativas a uma só matéria.

Finalizando, há uma terceira corrente para a qual tais princípios são meras diretivas informadoras do ordenamento, atingidos através de um processo de abstração e generalização crescentes das normas do direito positivo, mas não são normas e nem mesmo equiparáveis a elas.[35]

---

[32]Ruggiero e Espínola. In: DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução á ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 200.
[33]DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução á ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 183; 192.
[34]Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr.
[35]Palasi. In: DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução á ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 199.

7 - DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Pretendemos nesta seção enunciar princípios norteadores do Direito Positivo Brasileiro, indicando os que se encontram numa formulação expressa e os que, apesar de não estarem expressos na legislação, podem ser deduzidos da análise dos dispositivos legais ou mesmo criados pela doutrina e jurisprudência.

Em nossas Constituições, muitos destes princípios têm figurado, como por exemplo, *"todo poder emana do povo e em seu nome é exercido"; "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"; "o trabalho é obrigação social".*

Há ainda princípios dominantes em certos ramos do direito, como a proteção ao empregado no direito do trabalho ou a flexibilidade do crédito no direito mercantil.

Aprofundando-se a análise, encontram-se inspirações específicas de determinadas instituições, como a idéia de amparo aos filhos no direito de família ou o princípio da autonomia dos contratos no direito das obrigações; sem esquecer daquelas regras que, através dos tempos, vêm permanecendo nas legislações em geral e por isso podem ser consideradas como princípio geral do direito. Assim, exemplificadamente, a condenação do enriquecimento sem causa.[36]

Hermes Lima observa que, *"no direito privado, os princípios gerais do direito derivam mais frequentemente da lei escrita e não lhe constituem senão o prolongamento. Os princípios no campo do direito privado constituem mais um método de dedução lógica"* para fazer a lei produzir todos os efeitos que ela contém, não se elevando, porém, ao patamar de fonte de direito distinta da lei. Juízes e tribunais na ordem privada dispõem, na verdade, de tão rico arsenal de leis e regulamentos, que não necessitam, senão em casos muitos especiais, procurar fora do mesmo soluções para os litígios sobre os quais vão decidir.

De qualquer modo, certos princípios são geralmente encontradiços e invocados tanto no campo do direito privado, como no campo do direito administrativo: o princípio do respeito aos direitos adquiridos, o princípio condenatório do abuso do direito, o princípio da igualdade perante a lei, o princípio que veda às autoridades administrativas abusarem de seus poderes.[37]

Maria Helena Diniz enuncia alguns princípios que estão contidos em nosso sistema jurídico civil:

---

[36]PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 6. ed. vol. I. [S.l.]: Forense, 1982. p. 67.
[37]LIMA, Hermes. **Introdução á ciência do direito**. 25. ed. [S.l.]: Freitas Bastos,1977. p. 156.

> *a) o da moralidade; b) o da igualdade de deveres e direitos frente ao ordenamento jurídico; c) o da função social da propriedade; d) o de que ninguém pode transferir ou transmitir mais direitos do que tem; e) o de que a boa fé se presume e a má fé deve ser provada; f) o de que o dano causado por culpa ou dolo deve ser reparado; g) o de que as obrigações contraídas devem ser cumpridas (pacta sunt servanda) e h) o do equilíbrio dos contratos que condena todas as formas de onerosidade excessiva para um dos contratantes.*

Outro princípio é a cláusula *rebus sic stantibus*, criação da doutrina e jurisprudência para atenuar o rigor e a inflexibilidade contratuais consubstanciados no princípio da *pacta sunt servanda*, impedindo assim a exploração de um contraente por outro.

Poder-se-ia enumerar ainda uma séria quase infinita destes princípios, mas pensamos já sejam suficientes os aqui apontados para que se tenha uma ampla visão do instituto em nosso Direito.

8 - METODOLOGIA PARA PERCEPÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Ao integrar servindo-se de tal fonte supletiva, o órgão judicante enfrenta a difícil tarefa de investigá-los e apreendê-los.

A doutrina oferece alguns métodos buscando manter sempre a homogeneidade do sistema, a sua coerência e unidade. Por isso, de modo semelhante, a maioria dos autores utiliza a *"indução amplificadora, que permite passar do particular ao geral, da observação daqueles fenômenos a uma regra".* [38]

O Prof. Nicolau Nazo entende que se deve proceder, *a priori*, através de sucessivas abstrações no próprio direito positivo. Não produzindo resultados esta operação, o intérprete deve procurar em certos princípios da razão jurídica natural com os quais a tendência idealista identifica os princípios gerais do direito. [39]

De acordo com Paulo Dourado Gusmão, para atingi-los é necessário a comparação, a generalização e a abstração progressivas de todo o direito vigente em um país. Para encontrá-los deve-se remontar de norma a norma, de

[38]DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução á ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 201.
[39]Nicolau Nazo. In: ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 63.

princípio em princípio, até se atingir aos mais gerais, fundamentais e incondicionados, que estruturam e fundamentam o direito positivo.[40]

Oscar Tenório acha que o intérprete deve recorrer em primeiro lugar às normas estruturais do regime político vigente e a respeito, com muita sabedoria, diz Maggiore: *"por maior que fosse a acrobacia de abstração feita pelo intérprete, não poderia encontrar em um ordenamento jurídico feudal um princípio para resolver uma situação jurídica que só pode nascer em uma concepção socialista da vida."*[41]

Vicente Ráo adverte que, para alcançar-se o princípio geral é necessário percorrer os seguintes graus progressivos de investigação:

> *a) o primeiro grau de generalização há de recair sobre o sistema jurídico positivo da legislação de que se trate; b) o segundo abrangerá o exame das leis científicas do direito; e c) o terceiro e último penetrará na esfera da filosofia do direito, que nos ensina os princípios fundamentais, os mais amplos, inspiradores de todos os ramos da ciência jurídica e constitutivos da unidade do conhecimento do Direito.* [42]

Quanto ao roteiro de sua aplicação pelo órgão judicante, é necessário lembrar que a Lei de Introdução ao Código Civil, ao remeter o juiz ao recurso dos princípios gerais do direito, não lhe atribui a faculdade de escolhê-los ou formulá-los, a seu critério. O princípio invocado não pode significar derrogação de uma norma vigente. A solução extraída do princípio não pode ser contrária a da norma. Assim é que Limongi França elaborou o seguinte roteiro:

> *1º) Buscar os princípios norteadores da estrutura positiva da instituição a que se refere o caso sub judice;*
>
> *2º) Nada encontrando, deve atingir os princípios que informam o livro ou parte do diploma onde se insere a instituição, depois os do diploma onde se encontra o livro, a seguir, os da disciplina onde se encontra o diploma e assim por diante, até chegar aos princípios gerais de todo o direito escrito, de todo o regime jurídico político;*

---

[40]GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução á ciência do direito**. 3. ed. [S.l.]: Forense, 1965. p. 159.
[41]TENÓRIO, Oscar. **Lei de introdução ao código civil brasileiro**. 2. ed. [S.l.]: Borsoi, 1955. p. 46.
[42]Vicente Ráo. In: ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 63.

3º) Procurar os princípios de direito consuetudinário, que não se confundem com as normas costumeiras, mas que são o ponto de partida de onde aquelas normas advém;

4º) Recorrer ao direito das gentes, especialmente ao direito comparado, onde se descobre quais são os princípios que regem o sistema jurídico das nações civilizadas;

5º) Invocar os elementos de justiça, isto é, os princípios essenciais, podendo para tanto penetrar o campo da jusfilosofia.[43]

Pela própria adjetivação dada a tais princípios – gerais – cremos ser esta metodologia a mais indicada para atingi-los. A "generalização crescente", subindo das disposições particulares da lei a construções cada vez mais amplas permitirá ao intérprete uma visão universal dos princípios que embasam um determinado sistema jurídico, evitando assim que a decisão judicial reduza-se à casuística, ou seja, fruto do arbítrio, do descaso ou mesmo da pouca experiência do órgão judicante em integrar.

9 - CONCLUSÕES

As principais conclusões que pensamos haver chegado ao longo do presente trabalho estão a seguir alinhadas.

De acordo com o que foi pesquisado e exposto, conclui-se que os princípios gerais do Direito são um tema de difícil enquadramento, originando, ainda, frequentes dúvidas quanto a sua natureza e conceituação.

Sob todos os aspectos, tais princípios, desde a gênese da vida sócio-jurídica, sempre serviram de base à elaboração das regras positivas, sendo incontestável o seu caráter de fonte supletiva no que diz respeito a lacunas, vez que o próprio ordenamento lhe assegura esta posição.

Quanto à sua natureza, clara está sua distinção dos brocardos, máximas, os chamados provérbios jurídicos, discordando daqueles que vêem nestas parêmias uma condensação tradicional de princípios gerais.

Também, a nosso ver, não comportam natureza normativa como querem alguns autores. Considera-se mais coerente a opinião de que não são normas, mas princípios que conferem coesão às normas do sistema.

[43] Limongi França. In: DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução á ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 423.

Com relação a sua conceituação, a concepção positiva é a que melhor enfoca o tema, uma vez que a maioria dos adeptos da concepção suprapositiva não concebe o Direito Natural da mesma maneira, ocasionando conflitos e discrepâncias. Para uns, o Direito Natural, é o direito conforme a natureza humana, eterno e universal. Para outros, corresponde ao ideal de justiça. Tais concepções caracterizam-se pela relatividade, pois tanto a natureza humana quanto a justiça podem sofrer modificações conceituais, consoante o momento histórico e o lugar.

Então, procede o entendimento de Coviello:

> *[…] os princípios gerais do direito podem ser de fato princípios racionais superiores, de ética social e também princípios de direito romano e universalmente admitidos pela doutrina, mas tem valor não porque são puramente racionais, éticos ou de direito romano e científico; e sim porque informaram efetivamente o sistema positivo de nosso Direito e chegaram a ser deste modo princípios de Direito positivo e vigente.*

Assim sendo, a conclusão que se impõe é que os princípios gerais do direito são os que encontramos no direito positivo ou dele se podem deduzir, pois a missão dos princípios é completá-lo e não substituí-lo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Comentários ao código civil**. vol. I. [S.l.]: Jurídica e Universitária, 1968.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

AS LACUNAS no Direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1981.

BARBERO, Domenico. **Il sistema del diritto privato**. Torino: UTET, 1989.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Lei de introdução ao código civil**. vol. I. São Paulo: Max Limonad, [S.d.].

BEVILÁCQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1908.

DEL VECCHIO, Giorge. **Los princípios generales del derecho**. Tradução de Juan Ossorio Morales. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1948.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução á ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkianj, [S.d.].

ESPÍNOLA, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. vol. I. [S.l.]: Freitas Bastos, 1943.

FRANÇA, Rubens Longi. **Princípios gerais de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [S.d.].

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 8. ed. [S.l.]: Forense, 1986.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução á ciência do direito**. 3. ed. [S.l.]: Forense, 1965.

LACERDA, Paulo de. **Manual de código civil brasileiro**. vol. I. [S.l.]: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918.

LIMA, Hermes. **Introdução á ciência do direito**. 25. ed. [S.l.]: Freitas Bastos,1977.

LOPES, M. M de Serpa. **Lei de introdução ao código civil**. 2. ed. vol. I. [S.l.:s.n.:s.d.].

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. vol. I. São Paulo: Saraiva,1974.

MIRANDA, Pintes de. **Comentários ao código de processo civil**. vol. II. [S.l.]: Forense,1973.

NOGUEIRA, Rubem. **Curso de introdução ao estudo do direito**. [S.l.]: José Bushatsky, 1982.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 6. ed. vol. I. [S.l.]: Forense, 1982.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 2. ed. [S.l.]: José Bushatsky, 1974.

REPERTÓRIO de Jurisprudência do código civil. São Paulo: Max Limonad, 1952.

TENÓRIO, Oscar. **Lei de introdução ao código civil brasileiro**. 2. ed. [S.l.]: Borsoi, 1955.

TRABUCCHI. **Istituzioni di diritto civile**. Padova: Cedam,1989.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PESSOA, Laura Scalldaferri. OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO NA INTEGRAÇÃO DAS NORMAS. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 20, outubro/novembro/dezembro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-LAURA-SCALLDAFERRI.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx
Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.