

## PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO (\*)

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

1. O direito brasileiro, tomando por modelo o anterior Código Civil italiano, determina que, esgotado o recurso à analogia e aos costumes, deve o juiz recorrer aos "princípios gerais do direito". O Código Civil austríaco de 1811, em seu artigo 7.º, que, pela primeira vez, a êles se referiu, mandava o intérprete usar os "princípios do direito natural". Mas, o positivismo jurídico fêz com que o legislador italiano de 1865, seguindo o modelo do austríaco, abandonasse o adjetivo "natural", criando a fórmula "princípios gerais do direito", que nosso legislador aproveitou e que, como nota SCIALOJA (*Del diritto positivo e dell'equità*), têm atormentado os intérpretes. FADDA e BENZA, em notas à tradução italiana de WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, vol. I), dizem serem tais princípios os do direito positivo italiano. Aliás UNGER (*System*), apesar de o Código Civil austríaco considerá-los como os do direito natural, interpreta-os como sendo os do direito vigente. Na Itália COVIELLO (*Manuale*) e SCADUTO (*Sull'identificazione dei principi generali del diritto*), além de outros, sustentam tese semelhante. Entretanto, há os que vêem nêles uma oportunidade para se recorrer ao direito natural. BRUNETTI, em 1906, em *Il delitto civile*, assim se manifestou. Mais tarde desenvolveu tal opinião no trabalho "Il diritto natural nella legislazione civile", aparecido na *Rivista di Diritto Commerciale* (1922). Dois anos antes, em conferência pronunciada na Universidade de Roma, publicada com o título *Sui principî generali del diritto* (1921), DEL VECCHIO sustenta opinião semelhante. Chamou a atenção para o fato de inexistir razão para identificá-los com os do direito nacional, porquanto tal limitação étnica estaria em desarmonia com o "espírito e com a própria letra da lei, que, referindo-se, de modo tão lato, aos princípios, não poderia ter em vista um sistema de

---

(\*) Capítulo do livro *Elementos de Direito Civil*, a aparecer.

direito nacional, no momento, aliás, ainda em formação, e sim, manifestamente, se referir às supremas verdades do direito *in genere*, vale dizer, aos elementos lógicos e éticos do direito, que, por serem nacionais e humanos, são, virtualmente, comuns aos diversos povos”. “Asseverar — continua DEL VECCHIO, que os princípios gerais do direito são válidos somente para *cada povo particular*, isto é, que há tantas séries de princípios gerais do direito quantos sistemas particulares, se não é, claramente, uma verdadeira *contradictio in adjecto*, não corresponde, certamente, à crença numa *ratio juris* de caráter universal, que, desde os romanos, diga-se o que se quiser em contrário, é patrimônio comum de nossa consciência jurídica e, sem dúvida, inspirou também os autores do Código”. Depois de outras considerações, identifica-os com os do direito natural, que “acompanha a humanidade em seu desenvolvimento” e que se acha presente na consciência jurídica, decorrente da natureza das coisas, “tal como esta pode ser apreciada pela razão”.

Na época, em 1921, tal trabalho provocou discussão levando a MICELI, na *Rivista di Diritto Civile* (1921), a rebatê-lo. Reafirmou MICELI serem tais princípios os contidos no “ordenamento jurídico positivo, do qual podem ser extraídos, porquanto, em um sistema de direito positivo, nada há além ou diverso dêle. Para admitir a tese jusnaturalista seria necessário, diz MICELI, que tal sistema fôsse “em parte, positivo e em parte não positivo; em parte, direito e em parte, não-direito, o que seria absurdo”. Por isso, afirma MICELI concluindo, “princípios gerais do direito é uma feliz expressão, porque, no fundo, significa que o direito positivo só pode ser interpretado com o direito positivo mesmo”. É verdade — nota MICELI, que o “legislador pode fazer tudo e pode ainda comandar que o direito venha interpretado com elementos extra-jurídicos, mas, se assim proceder destruirá a harmonia do sistema, possibilitando o aparecimento de critérios subjetivos e arbitrários, que impedem o direito realizar a sua principal função, que consiste em dar ordem fixa, certa, objetiva às relações humanas”. Tal corrente foi seguida pela maioria dos juristas italianos, como por exemplo, por PACIFICI-MAZZONI, SCADUTO, ROTONDI e COVIELLO. Êste último chegou a dizer que os referidos princípios “não podem ser outros que os fundamentais da mesma legislação positiva, que não se encontram escritos em nenhuma lei, apesar de serem os pressupostos lógicos necessários das distintas normas legislativas, das quais, por força da abstração, devem exclusivamente deduzir-se”. Repetia assim COVIELLO o que SCIALOJA já havia dito. Admitiu decorrer, entretanto, tais princípios de várias fontes, inclusive da razão ou da moral. Porém têm valor, escreve COVIELLO, não por tal origem, mas por informarem efetivamente o sistema

positivo do direito, chegando a ser dêsse modo “princípios de direito positivo e vigente”. GROPPALI (*Le disposizione del nuovo codice civile sulla interpretazione delle leggi*), em 1939, reafirmou não serem tais princípios os do direito natural, porque ou já fazem parte do direito positivo, e então não podem mais ser considerados como os do direito natural, ou, então, não foram acolhidos pelo legislador, permanecendo na ordem das verdades racionais e da justiça abstrata, não podendo ser tidos como sendo de direito positivo e, como tais, aplicáveis no caso de lacuna.

Mas, tal posição, inspirada no positivismo jurídico, foi muito combatida. MAGGIORE, sem ser jusnaturalista, demonstrou não atender a interpretação positivista à finalidade para a qual tais princípios foram indicados pelo legislador para preencher as lacunas, pois, sendo de um direito histórico, seriam também incompletos, lacunosos, não podendo resolver casos criados pelos novos tempos. MAGGIORE, na Universidade de Pisa, em Congresso que foi realizado em 1943 sôbre tais princípios, chegou a dizer, na comunicação que apresentou, que não seria possível encontrar em um ordenamento jurídico feudal um princípio capaz de solucionar um caso oriundo da sociedade industrial. No “conceito romano de propriedade, e na sua regulamentação jurídica, não podemos encontrar, afirma o penalista MAGGIORE (*Sui principî generali del diritto*), a solução dos problemas do trabalho”. Daí dizer que, com os princípios do direito vigente, não se soluciona o caso não-previsto. Já com os do direito *in fiere*, de direito que de definitivo nada tem, maduros na consciência jurídica, seria possível resolvê-lo. Todavia, se MAGGIORE e outros têm razão ao repelirem a posição positivista, pecam, entretanto, ao interpretarem tais princípios com os estabelecidos pela livre criação científica do direito. O juiz está subordinado ao direito nacional, tanto às suas normas como a seus princípios gerais, só podendo ir além dêles quando nêles não encontrar solução para o caso previsto pelo legislador.

Não faltaram os que identificaram os “princípios gerais do direito” com os do direito romano reduzidos por alguns aos princípios fundamentais *neminem laedere* e *sui cuique tribuere*, pressupostos de todo o direito em geral, enquanto outros iam mais além, admitindo afora êstes princípios, outros, como, por exemplo, “*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat*”, “*qui commodum sentit et incommodum sentire debet*”, “*nemo locupletari potest cum alterius iactura*”, etc. Nesses e em outros princípios dos juristas romanos e dos glosadores chegou-se a pensar estar a chave da solução do caso não-previsto. Não negamos a importância do direito romano, uma das fontes, juntamente com o direito consuetudinário medieval, e com o

direito canônico, do direito privado ocidental. Porém, não vemos como no direito romano seja possível encontrar-se solução para problemas jurídicos oriundos, exclusivamente, da sociedade industrial. Não contém, escreve RIPERT (*La règle morale dans les obligations civiles*), o direito romano, mesmo na parte das obrigações, em que a tradição romana é mais presente, norma que proíbe o abuso do direito, os contratos leoninos, a responsabilidade civil pelos riscos criados.

Igualmente não devemos, como nota ROTONDI (*Equità e principî generali del diritto*), identificá-los com equidade, porque a equidade, decorrendo de um juízo inspirado pelo estado de fato, representa o que há de mais concreto, enquanto tais princípios são o que “de mais abstrato há no ordenamento jurídico positivo”.

Igualmente não é defensável a opinião de PACCHIONI (*I poteri creativi della giurisprudenza*), que os identifica com os estabelecidos pela ciência do direito, porque, se assim os considerarmos, estaremos destruindo a certeza e positividade do direito, uma das razões do primado do direito. Mas, ao repelirmos tal conceituação não afastamos a possibilidade de o juiz, quando esgotados todos os recursos, dela se servir.

Finalmente, não devem ser equiparados à analogia *iuris*, como fêz FERRARA, em 1921 no *Trattato di Diritto Civile*, porque, como bem demonstrou DEL VECCHIO, os “princípios gerais do direito são invocados precisamente para os casos não resolvidos pelo recurso à analogia”. Aliás, o próprio FERRARA, em 1943, em comunicação ao Congresso realizado na Universidade de Pisa, sobre os “princípios gerais do direito”, modificou aquela opinião, admitindo haver duas ordens de princípios gerais: os contidos nos textos e os informadores do seu desenvolvimento. Os primeiros, podem ser desenvolvidos pelo processo lógico e analógico, enquanto os segundos, estando fora e acima do direito positivo, não poderiam ser encontrados por tal processo. Porém, não vemos como se possa admitir duas séries de princípios gerais: um dêles, seria geral, enquanto o outro, particularização daquêle.

2. A questão entre nós não é também pacífica. SPENCER VAMPRE (*Manual de direito civil brasileiro*, vol. I), JOÃO LUÍS ALVES (*Código Civil*, vol. I) e OSCAR TENÓRIO (*Lei de Introdução ao Código Civil*) os consideram como sendo do direito nacional, isto é, do direito vigente, enquanto CLÓVIS BEVILAQUA (*Código Civil Comentado*, vol. I) como os de um direito supralegal, formados pelos “elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias”, na forma enunciada pela ciência jurídica, cristalizada na concepção jurídica dominante.

SERPA LOPES (*Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. I), CARVALHO SANTOS (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. I), CARLOS MAXIMILIANO (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*) e EDUARDO ESPÍNOLA (*Anotações ao Código Civil Brasileiro*, vol. I, e, depois, no *Tratado*) rejeitam também a opinião dos que os identifica com os do direito nacional.

3. O legislador italiano, tendo em vista o fato de a fórmula “princípios gerais do direito” ter sido objeto de controvérsia doutrinária, pensou acabá-la substituindo no Livro I do *Codice Civile* a antiga fórmula “princípios gerais do direito” por “princípios gerais do direito vigente”. Na “relazione del Guardasigilli” lê-se: “Quanto all’espressione principî generali del diritto essa è stata completata, secondo i voti da varie parti manifestati, specificando che deve trattarsi dei principî generali del diritto vigente” ... com “tale integrazione, mentre nom si vieta all’interprete di ricondurre entro la sfera del sistema legislativo vigente quelle norme alle quali il sistema stesso si collega nelle sue origini e nei suoi sviluppi storici, si impedisce che si trascenda ad eccessive generalizzazioni ed astrazioni, ricorrendo a diritti stranieri e quindi alterando le linee peculiari delle nostra legislazione nazionale”. Tal opinião não era defendida pela Comissão que o elaborou, presidida por V. SCIALOJA, que, no projeto publicado em 1930, manteve a antiga fórmula, por ser mais “lata e comprensiva”. Mas, no texto definitivo, que entrou em vigor em 1942, nem a antiga e nem do Livro I, predominou, preferindo o legislador italiano a fórmula “principî generali dell’ordinamento giuridico dello stato”. DEL VECCHIO (*Riforma del codice civile e principî generali del diritto*), referindo-se a tal modificação, disse não ter ela produzido o efeito esperado, por não ter alterado a natureza de tais princípios. MAGGIORE (*Sui principî generali del diritto*) pensa que tal mudança aumentou as dificuldades: “Le difficoltà, già non poche, quando si tratti di determinare i principî generali del diritto, si complicano e si aggrovigliano” ... por ser “la nozione di ordinamento giuridico una delle più ardue; per la ragione semplicissima che non è una nozione giuridica. E non è tale, non solo perchè esso non è giuridicamente definito, ma perchè, in quanto abbraccia la totalità delle norme e degli istituti giuridici dello Stato, è al di sopra e al di fuori delle norme stesse”. MAROI, participando dos debates, salientou a imprecisão da fórmula adotada pelo legislador italiano, porque os “principî generali dell’ordinamento giuridico” não são só os implícitos nos textos legislativos, mas também os que servem de base aos costumes, pois o “ordinamento giuridico non è costituito solo dalla legge dello stato, ma da tutti gli ele-

menti che confluiscono a formare il diritto dello stato". Assim, o objetivo perseguido pelo legislador italiano não foi atingido.

3. A dificuldade em definir os "princípios gerais do direito" não foi, portanto, vencida. Este trabalho não pretende vencê-la. Repete opinião que manifestamos em comunicação apresentada ao Congresso de Direito Comparado, realizado em 1962, em Hamburgo, e em nossa *Filosofia do Direito* (1966).

Afirmamos nesses ensaios, que o juiz, no caso de lacuna, esgotada a analogia e os costumes, deve se servir, primeiro, dos *princípios gerais do direito nacional*, atingíveis, como bem salientou SCIALOJA (*Del diritto positivo e dell'equità*), por um procedimento de abstração crescente, partindo das normas singulares. Tais princípios são de direito positivo, isto é, do direito nacional. Mas, são princípios históricos, e por mais generalíssimos que sejam, podem não oferecer solução para o caso não previsto. É, pois, possível que sejam também lacunosos. Se não oferecerem solução, o juiz terá que agir como se legislador fôsse, criando a norma sob contrôle de critérios objetivos, tais como o direito romano, fonte do direito privado ocidental, o direito dos povos desenvolvidos, ou seja, o direito europeu, a doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira e a equidade, sem sair, como prescreve o art. 10, do novo Código Civil português, do "espírito do sistema". O princípio que estabelecerá então será do Direito. A jurisprudência francesa introduziu no *Code Civil*, ainda vigente na França apesar de ser de 1804, princípios que não estão contidos nesse Código, mas que eram positivos e vigentes na sociedade francesa, como o do abuso do direito, da responsabilidade civil pelos riscos criados e o da revisão judicial dos contratos leoninos. No Brasil, o Supremo Tribunal acabou admitindo a Teoria da Imprevisão, que, como sabemos, é incompatível com o princípio individualista da autonomia da vontade acolhido pelo nosso Código Civil de 1917, necessária em face das transformações sociais.

Concluindo, por "princípios gerais do direito" pode-se entender os do direito nacional, que o juiz deve se servir em primeiro lugar, e os do Direito. A generalidade dos "princípios gerais do direito" é maior do que a das normas jurídicas, por isso MAGGIORE (*Sui principî generali del diritto*) diz que são "più che generali sono generalissimi". Mas, enquanto os do direito nacional têm possibilidades normativas limitadas, os do "direito" *in genere* são ilimitadas, capaz de servir de fonte para infinitas normas particulares. Os do direito nacional são os contidos na legislação, costumes, doutrina e jurisprudência nacional, enquanto os do "direito" *in genere* são os pressupostos do direito atual.