



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE DIREITO CIVIL: USO
INADEQUADO DA TERMINOLOGIA**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Antonio de Pádua Muniz Corrêa

Orientadora: Professora Doutora Ana Cristina Ramos Gonçalves Roque dos Santos

Número do candidato: 20151550

Novembro de 2018

Lisboa

DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar, à minha esposa Telma Maciel Cunha e nossos filhos Guilherme de Pádua Cunha Corrêa, Alice Cunha Corrêa e Gabriel Cunha Corrêa que respeitaram e aceitaram, silenciosamente, minha ausência e falta de atenção para com eles, durante o tempo dedicado a este trabalho.

Em segundo lugar, aos meus pais e irmãos, em cuja família nasci e convivo em amor, respeito e fraternidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Deus, origem de todas as coisas, inclusive, e, principalmente, de todo o conhecimento.

Agradeço aos meus familiares, de perto e de longe, pelos votos de sucesso e manifestação de sincera alegria.

Agradeço a minha estimada orientadora professora doutora Ana Roque que, tão zelosamente, acompanhou, corrigiu e participou efetivamente desse árduo trabalho acadêmico.

Agradeço a minha querida irmã Helidacy Muniz Corrêa pela co-orientação, que tão carinhosamente me auxiliou na feitura desse trabalho.

Agradeço ao meu querido irmão Hilton Mendonça Corrêa Filho, pelo auxílio na correção ortográfica.

Por fim, agradeço a convivência fraterna, solidária e sadia dos meus colegas do mestrado, os quais tornaram mais leve e alegre nossas permanências no curso, compartilhando conhecimentos, experiências e coleguismo.

Obrigado a todos os colaboradores.

"Mas agora, ó SENHOR, tu és nosso
Pai; nós o barro e tu o nosso oleiro; e
todos nós a obra das tuas mãos".

Isaías 64:8

RESUMO

Pretende-se investigar acerca da existência ou não de alguma fundamentalidade nos ditos "princípios fundamentais do direito civil", como problemática central deste trabalho, haja vista ser essa a nomenclatura utilizada pela doutrina portuguesa. Para tanto, faremos uma abordagem investigativa sobre os princípios fundamentais na doutrina nacional e estrangeira. Buscaremos identificá-los no ordenamento jurídico, notadamente no direito constitucional.

O estudo se justifica em face da possibilidade de haver alguma incorreção conceitual nos ditos princípios fundamentais do direito civil. A pesquisa se realizou segundo o método dedutivo, promovendo uma revisão bibliográfica do objeto de estudo, consultando-se a legislação, a doutrina nacional e estrangeira e jurisprudência. Buscou-se identificar os princípios fundamentais no ordenamento jurídico, no direito civil e, notadamente, no direito constitucional. Por conseguinte, dissertaremos sobre o direito civil constitucional, o direito civil enquanto norma infraconstitucional, demonstrando, ainda, a hierarquia das normas, bem como nos manifestaremos quanto à primazia do direito constitucional, inclusive frente ao direito civil.

Os princípios fundamentais, não raro, são próprios do direito constitucional, os quais estão voltados para as decisões políticas estruturais do próprio Estado, sendo os fundamentos de sua organização política. Neles se substancia a opção entre Estado Unitário e Federação, República ou Monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático, separação de poderes etc. De outra maneira, são princípios constitucionais conformadores que condensam as opções políticas nucleares e refletem a ideologia inspiradora da Constituição, também conhecidos como princípios político-constitucionais, porque eles são o cerne político de uma Constituição.

Mas, aqueles princípios eleitos pela doutrina portuguesa seriam mesmo fundamentais, ou nunca se investigou acerca da sua originalidade? Pesquisaremos, ainda, sobre os princípios gerais do direito em busca de uma resposta para nossa problemática. Para tanto, mergulhamos nas entranhas do arcabouço do Código Civil, analisando, inclusive, o seu projeto, apresentado no distante ano de 1966, estudando a sua exposição de motivos à procura de respostas.

A Teoria Geral do Direito e a Introdução ao Direito foram de grande valia na pesquisa, pois nos forneceu a base e a solidez dos temas, desmistificando enigmas e

aclarando o pensamento, além de nos acrescer conteúdo e conhecimento sobre o tema pesquisado. Para tanto, enveredamos pela seara principiológica, notadamente dissertando sobre princípios, princípios e regras, princípios gerais e comuns.

Palavras-chave: Princípios Fundamentais. Princípios Gerais de Direito. Primazia do Direito Constitucional. Direito Civil Constitucionalizado. Hierarquia e Fontes.

ABSTRACT

Intending to investigate the existence, or not, of any fundamentality in the quotation “Civil law fundamental principles”, having in mind that this nomenclature is used by the Portuguese scholars. For that, an investigating approach about the fundamental principles of national and foreign scholarship. Trying to identify them in the legal system, mainly on Constitutional Law. Therefore, it will be talking about the priority of the Constitutional Law and the Civil Law, Constitutional Civil Law, Civil Law as a based-constitutional law, showing the law hierarchy.

The fundamental principles are specifically of the Constitutional Law, which is focused on structural political decisions of the State itself, being the State’s principles of political organization. On it, there is the essence of being a Unitary State or a Federation, republic or monarchy, presidentialism or parliamentarism, democratic regime, powers separation, etc. On the other hand, these conforming constitutionals principles that condense the nuclear politics decisions and reflect the inspiring Constitution’s ideology, also known as politic-constitutionals principles are the politic center of one Constitution.

But, are they really fundamentals or has never investigated about its origin before? Searching, yet, about the Law’s general principles trying to find an answer to our problem. Diving into the Civil Code’s deepest, analyzing, including, its project was shown at 1966, studying its exposition of reasons running after answers.

The general law theory and law introduction were really important in this search, because it gave the theme base and stability, making the enigmas and the thinking clearer, besides adding some content and knowledge about the searched theme.

The general Law theory and Law Introduction were of tremendous importance in this research, because it gave base and solidness about the themes, demystifying enigmas and making the thinking clearer, besides adding content and knowledge about the researched subject. For that, the principles were used, disserting about principles, rules and principles, general and common principles.

Keywords: Fundamental principles. General Law Principles. Priority of the Constitutional Law. Constitutionalized Civil Law. Hierarchy and Origins.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA.....	2
AGRADECIMENTOS.....	3
INTRODUÇÃO.....	11
1. PLANO DA DISSERTAÇÃO	11
2. OBJETO DA DISSERTAÇÃO.....	16
CAPÍTULO I – O DIREITO CONSTITUCIONAL E O DIREITO CIVIL	19
1.1. Evolução do Direito Constitucional.....	19
1.2. O Poder Constituinte: noções gerais.....	21
1.3. A Lei Fundamental	22
1.4. O Direito Constitucional e o Direito Civil.	23
1.4.1. A primazia do Direito Constitucional	23
1.4.2. Direito Civil Constitucional	30
1.4.3. O Direito Civil enquanto norma infraconstitucional	36
1.5. A Hierarquia das Normas.....	42
CAPÍTULO II - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	47
2.1 Princípios: noções gerais.....	47
2.2) - Características e Conceito	49
2.3) - Princípios e regras: conflitos	51
2.4) - Princípios Fundamentais	60
2.5) - Características dos Direitos Fundamentais de Personalidade.....	68
2.6) - Direito de Personalidade e sua relação com os Direitos Fundamentais.....	70
CAPÍTULO III - PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO.....	77
3.1) - Os Princípios Gerais do Direito na União Europeia e no Direito Internacional	83
3.2) - Da generalidade e do alcance dos princípios gerais do direito	86
3.3) - Princípios Gerais do Direito escritos e não-escritos	88
3.4) - Classificação dos Princípios Gerais do Direito.....	92
3.5) - Função dos Princípios Gerais do Direito.....	95

3.6) - Princípios e regras: diferenças	97
3.7) - Os Princípios Gerais e o Direito Natural.....	100
3.8 - Pode ou deve-se falar em Princípios Gerais ou Princípios Comuns do Direito Civil?	102
3.9. Uso inadequado da terminologia	106
3.9.1) - A importância de se promover a alteração	107
3.9.2) - Vantagens e desvantagens da alteração terminológica.....	111
3.9.3) - Contributo à ciência jurídica.....	112
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	114
FONTES	118
FONTES DOCUMENTAIS.....	118
BIBLIOGRAFIA	120

ABREVIATURAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CC – Código Civil

CT – Código do Trabalho

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LTC – Lei do Tribunal Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

RJ – Rio de Janeiro

TC – Tribunal Constitucional

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

1. Plano da Dissertação

Os professores José de Oliveira Ascensão e Carlos Alberto da Mota Pinto, em suas Teorias Gerais do Direito Civil, consideram como princípios fundamentais do Direito Civil português os seguintes:

- 1) - Reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade;
- 2) - Liberdade contratual e autonomia privada;
- 3) - Responsabilidade civil;
- 4) - Boa fé;
- 5) - Concessão da personalidade jurídica às pessoas coletivas;
- 6) - Propriedade privada;
- 7) - Relevância jurídica da família;
- 8) - O fenómeno sucessório.

Pretende-se investigar acerca da **existência ou não de alguma fundamentalidade dos Princípios Fundamentais do Direito Civil. Caso contrário, devemos falar em Princípios Gerais ou Comuns?** Haja vista a doutrina portuguesa usar a mesma nomenclatura, ou seja, princípios fundamentais. Para tanto, faremos uma abordagem investigativa sobre os princípios fundamentais na doutrina nacional e estrangeira. Buscaremos identificá-los no ordenamento jurídico, notadamente no direito constitucional e civil. Por conseguinte, dissertaremos sobre a primazia do direito constitucional, sobre o direito civil constitucional, o direito civil enquanto norma infraconstitucional, demonstrando a hierarquização das normas.

No Capítulo I, busca-se enfocar o direito constitucional de forma geral e breve, demonstrando a sua evolução no tempo, a sua superioridade no âmbito interno, além de fazer distinção entre democracia e constitucionalismo, sem esquecermos o fato de a Europa ter vivenciado, após a segunda Grande Guerra, verdadeira renovação do direito constitucional, mormente no campo do controle de constitucionalidade realizado a partir da instituição dos Tribunais Constitucionais. Registramos, ainda, o desabrochar do direito constitucional originário e revolucionário, com alusão resumida ao poder constituinte, o qual faz surgir a Lei Fundamental de um povo.

Também foi abordado o direito civil constitucionalizado em decorrência das transformações por que passou o continente europeu após a segunda Grande Guerra, quando o direito constitucional começou a penetrar outros ramos do direito, envolvendo-os em seus novos valores, modulando suas antigas raízes à nova realidade, transformando a velha maneira de pensar e realizar o direito, chegando, inclusive, a constitucionalizar institutos civis até então estranhos ao berço constitucional. Apesar disso, é possível encontrarmos na CRP alguns temas tipicamente de direito civil, os quais passaram a ser constitucionalizados em razão da importância e do grande interesse que tem despertado na vida das pessoas.

Ainda no Capítulo I, demonstrou-se um direito civil limitado e submisso ao direito constitucional, restando evidente que as matérias reguladas pelo direito civil, embora todas de grande importância e de impacto na vida das pessoas, além de independentes entre si, são matérias restritas às reservas constitucionais outorgadas pela Constituição à lei ordinária, e, como tal, devem respeitar os limites materiais que lhes são impostos na Lei Maior. Por fim, falamos sobre as novas regras hierárquicas a partir da entrada de Portugal na Comunidade Europeia, fato responsável pela profunda mudança na sua realidade normativa interna, já que, com a recepção do Direito Comunitário, este passa a ocupar certa proeminência no âmbito da hierarquia das leis.

No Capítulo II, discorremos sobre os princípios fundamentais, antes, porém, tratamos de princípios como responsáveis por harmonizar o sistema jurídico, porque são matizes a indicar um caminho em razão da sua predominância, quando contrastados com alguma regra contrária a um valor supremo ou de superior hierarquia, por isso, mergulhamos na doutrina de Alexy e Dworkin. Os princípios almejam sempre alcançar uma finalidade, para tanto, devem ser interpretados a partir da Constituição, ou seja, parte-se dos seus valores como fontes do ordenamento jurídico para, então, se atingir a legislação periférica ou infraconstitucional, completando-a ou integrando-a.

Avançando no estudo do Capítulo II, deparamos com as características e conceitos dos princípios, haja vista que estes têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema jurídico, ostentando como principal característica a sua generalidade. Para Alexy, os princípios são razões e direito **prima facie**. Dworkin denomina princípio como um padrão que deve ser observado e seguido, sendo as regras aplicadas segundo o “tudo-ou-nada”. É dizer: são válidas ou não.

Também não deixamos de fora o estudo sobre princípios e regras, além dos seus conflitos, pois regras são normas definitivas que carregam em sua previsão um dever-

ser ou uma imposição de um dever jurídico, uma atribuição de um direito, de uma qualidade, de uma competência ou de uma faculdade jurídica. Para Robert Alexy, tanto princípios quanto regras são normas que impõem, permitem ou proíbem, porque dizem o que deve ser. Já os princípios são normas com grau de generalidade ou abstração relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.

Os princípios, por constituírem exigências de otimização¹, permitem e admitem certa ponderação de valores, porém, devem conviver harmoniosamente com as regras. Enquanto os princípios abrem o processo de concretização jurídica, instigando problemas argumentativos, as regras tendem a fechá-los, absolvendo a incerteza que caracteriza o início do procedimento de aplicação normativa.

Chegamos, enfim, aos princípios fundamentais, os quais são normas nucleares ou normas matrizes a estruturar, organizar e a sistematizar o próprio Estado. Os princípios fundamentais, nas suas múltiplas dimensões e desenvolvimentos, formam o cerne da Constituição e consubstanciam a sua identidade intrínseca.

Por isso, os princípios fundamentais possuem, em regra, duas dimensões bem delimitadas e delineadas: a dimensão constitutiva, porque comumente eles exprimem, indicam e denotam uma compreensão global da ordem constitucional vigente; e a dimensão declarativa, geralmente utilizada para designar a soma de outros subprincípios, além de concretizações constitucionais.

Em outras palavras, os princípios fundamentais afirmam seus próprios valores, ideologias, ideias e aspirações com as quais coincidem com a nova organização política instituída por eles. Ainda que possa a República portuguesa integrar a rede da interconstitucionalidade formada pela Constituição da União Europeia, não haverá conflito, notadamente porque a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia também considera como princípios fundantes a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

Por conseguinte, demonstraremos a evolução dos direitos fundamentais para, em seguida, os relacionar com o direito de personalidade, ainda como instrumento de pesquisa acerca de nossa problemática, ou seja, investigar a existência de alguma fundamentalidade dos “princípios fundamentais do direito civil”. Contudo, encontramos certa diferenciação entre eles – direitos fundamentais e de personalidade – tendo em

¹Segundo o dicionário Houaiss, seria a criação de condições mais favoráveis para o desenvolvimento de algo ou o processo através do qual se obtém o melhor valor de uma grandeza.

vista que a origem dos direitos civis de personalidade remonta ao antigo direito grego-romano, enquanto os direitos fundamentais que tutelam bens da personalidade são figuras jurídicas modernas. Todos os direitos fundamentais que tutelam a personalidade são universais, na medida em que basta a qualidade de pessoa para que sejam atribuídos ao seu titular.

Todavia, a fonte imediata dos direitos de personalidade é, inegavelmente, o Código Civil, e não a Constituição. Por isso, os direitos de personalidade inserem-se no Direito Privado e os direitos fundamentais, no campo do Direito Público. Logo, eles não seriam genuinamente direitos fundamentais, isto porque estes pressupõem relações de poder, porquanto desempenham uma função de direito de defesa contra o Estado, e de proibição de intervenção estatal nas relações entre cidadãos, em regra; já os direitos de personalidade pressupõem relações de igualdade, quer dizer, não há subjugação da vontade entre pessoas. Ao contrário, o vínculo se dá entre iguais, já que as relações jurídicas privadas são regidas pelo princípio da autonomia e da liberdade, os quais não devem ser afastados pela aplicação direta das normas de direitos fundamentais.

De outra banda, nem todos os direitos de personalidade constituem direitos fundamentais e, da mesma forma, nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade, muito embora, tanto estes quanto aqueles são não-patrimoniais, perpétuos e indisponíveis.

No Capítulo III, estuda-se os princípios gerais do direito como normas de interpretação, de integração e complementação do sistema jurídico, por representarem uma poderosa fonte de inspiração para os aplicadores do direito, ainda que não inseridos no ordenamento jurídico, eles serão avocados sempre que a lei não conseguir dar uma solução adequada para determinado litígio. A jurisprudência portuguesa é pródiga no uso dos princípios gerais do direito, especialmente no direito laboral, administrativo, penal e no próprio direito civil, facilmente constatado em pesquisa, na jurisprudência do STJ.

Os princípios gerais do direito têm sido usados por várias nações civilizadas como a Itália, França, Espanha, União Europeia, Brasil etc. Assim, percebe-se, claramente, o seu sentido amplo, geral e abstrato, porque compreendem tanto os princípios superiores de justiça, como os que são informados pelo ordenamento jurídico pátrio. Eles não são considerados, como pretendem alguns, como princípios gerais do direito nacional, mas, sim, de elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias, servem como indicativo finalístico. Eles serão sempre uma cláusula aberta

com abrangência em todo o ordenamento jurídico, conquanto nem sempre os encontraremos positivados expressamente nas leis.

A dimensão dos princípios gerais do direito decorre de sua própria natureza, porque não se pode elaborar uma lista exaustiva ou definitiva deles. Por isso, são tão difíceis de definir, embora relativamente fáceis de identificar, porque existem aqueles escritos e não-escritos. Os princípios gerais do direito, além de formarem o arcabouço do pensamento jurídico e desempenharem importante papel na interpretação da lei e na concretização do Direito, possuem grande longevidade.

Por fim, ainda no Capítulo III, a partir do item 3.8, encerra-se a pesquisa e o estudo na direção de a Teoria Geral do Direito Civil carregar em si uma incorreção conceitual, a qual nos chamou a atenção, quando utiliza de forma inadequada a terminologia “princípios fundamentais” do direito civil.

O direito civil merece e exige um rigor conceitual mais preciso da sua doutrina, não só por ser a constituição do direito privado a governar os particulares, mas por se comunicar com a maioria dos demais ramos do Direito, razão pela qual se deve ter cuidado de compartilhar conhecimento novo nessa área, regado a uma grande certeza conceitual, pois será na fonte do direito civil que os demais ramos do direito virão buscar conhecimentos diretos ou subsidiários para suas inquietações, seus vazios e lacunas.

A importância de se promover a alteração aqui sugerida decorre do contributo para obter maior precisão conceitual nos ditos "princípios fundamentais do direito civil", porque, desde o projeto do Código Civil, percebe-se a firme intenção de se promover maior elasticidade a esse importante ramo do Direito, introduzindo nele "princípios gerais", os quais se comunicam com todos os demais ramos do direito nacional.

A intenção de aprimorar um ponto do pensamento da Teoria Geral do Direito Civil português terá o mérito de promover ou fomentar um novo debate científico, a fim de aperfeiçoá-lo e melhorá-lo, enquanto pensamento científico do saber. Destarte, não se poderá ou não se deve ojerizá-lo, rotulando-o como ideia canhestra e absurda, tão somente porque não se quer ou não se pretende confrontar o antigo pensamento com o alvorecer de uma nova percepção ou ideia, firmada em bases sólidas do conhecimento contemporâneo.

Também é bom evitar qualquer preconceito intelectual, próprio e peculiar da academia e de autores apressados ao emitirem suas opiniões sobre o tema em estudo,

sem antes debulharem o que se disse, como se disse, além, é claro, de examinar seu próprio conteúdo doutrinário inovador. É sempre repugnante sufocar o surgimento de um novo pensamento jurídico por meio do preconceito expresso ou velado, pois se estaria patrocinando a morte súbita de um alvorecer doutrinário, o qual poderá despontar como uma força auxiliar ao aprimoramento da doutrina tradicional e do próprio direito interno. Portanto, as vantagens decorrem do descortinar do véu que dantes estava posto, o qual possibilitava uma visão distorcida da realidade.

2. Objeto da Dissertação

O direito constitucional, por ser transformador e revolucionário, ostenta uma orla humanista de fins coletivo, igualitário, solidário, fraterno e social, por isso, passou a privilegiar o público ao invés do privado, e vai se afastando do eixo exclusivista ou egoísta do direito privado, olhando para a pessoa humana como centro e destinatário do ordenamento jurídico, considerada em seu conjunto de valores ético/moral, religioso, político, cultural, profissional e econômico, cujo direito passa a ser da comunidade, além de ostentar uma natureza de direito coletivo. Com isso, abriu-se uma janela para o direito civil constitucional, ainda que constitua um tema pouco explorado e estudado, procuramos demonstrar o quanto o Código Civil tornou-se pequeno para regular tantos temas novos do Direito contemporâneo e moderno, restando inequívoco que o mesmo deixou de reinar soberano e absoluto, principalmente a partir do pós-Segunda Grande Guerra, porque agora deve se submeter aos ditames constitucionais.

Contudo, mesmo não se encontrando na Constituição portuguesa uma referência expressa sobre o direito civil, apesar disso, é possível encontrarmos nela alguns temas tipicamente desse ramo, os quais passaram a ser constitucionalizados em razão da importância e do grande interesse que têm despertado na vida das pessoas. São temas de direito civil constitucionalizados em pequena monta, alguns com alguma largueza e outros com algum redutor, cujas restrições limitarão, tão somente, ao estritamente necessário, o exercício de um direito fundamental ou de personalidade, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

A noção de princípio deve nortear a nossa investigação, a fim de buscarmos uma identidade para os "princípios fundamentais do direito civil", ou até mesmo de ratificarmos a já existente. A teoria geral do direito civil, em sua maioria, adota tal identidade sem grandes divergências ou contradições. Tem base consolidada pelo tempo

e pela tradição, não havendo muitas vozes a contrariá-la. Mas, seriam mesmo fundamentais ou nunca se investigou acerca da sua origem?

Pesquisaremos ainda acerca dos princípios gerais do direito em busca de uma resposta para nossa problemática. Mergulhamos nas entranhas do arcabouço do Código Civil, analisando o seu projeto, apresentado no distante ano de 1966, e estudamos a sua exposição de motivos à procura de respostas. A teoria geral do direito e a Introdução ao Direito foram de grande valia na pesquisa, pois nos forneceram a base e a solidez dos temas, desmistificando enigmas e aclarando pensamentos, além de nos acrescer conteúdo e conhecimento sobre o tema pesquisado.

Na seara dos princípios gerais do direito, encontramos maior receptividade à nossa temática, por harmonizar-se com o pensamento do legislador, fazendo emergir o firme propósito de que a interpretação dada pela doutrina do direito civil afastou-se dessa diretriz adotada pelo Código, desde a sua origem e concepção, porquanto ter se distanciado d'alguma correspondência verbal com o espírito do sistema.

Embora os princípios gerais do direito não sejam referenciados expressamente pelo Código Civil português, isto não quer dizer que o direito português não os utilize, ao contrário, pois a sua jurisprudência é farta em aplicá-los. Ademais, eles constituem cláusula inserta no ordenamento jurídico da maioria dos povos civilizados, ainda que de forma implícita. Encontramo-los no direito italiano, francês, espanhol, alemão, brasileiro etc.

Assim, percebe-se claramente o seu sentido amplo, geral e abstrato, porque compreende tanto os princípios superiores de justiça como os que são informados pelo ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, os princípios gerais são cânones que não foram ditados explicitamente pelo legislador, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico. Eles não têm existência própria, estão ínsitos no sistema, mas é o juiz que, ao descobri-los, lhes dá força e vida.

Por fim, a generalidade dos princípios gerais do direito diz respeito à sua abrangência, porque eles alcançam todo o direito positivo, estendendo sua aplicabilidade ao direito internacional, comunitário, constitucional, civil, penal, do trabalho, processual civil, administrativo etc. Tendem a romper fronteiras e se alojam com maior autoridade nos regimes democráticos, cujo ambiente é mais favorável, próspero e frutífero para continuarem expandindo-se em evolução.

Buscou-se demonstrar, ao longo deste trabalho, que a terminologia utilizada pela teoria geral do direito civil, em sua quase unanimidade, está equivocada quando afirma

a fundamentalidade dos seus princípios, porquanto, ao fim e ao cabo, a investigação parece nos conduzir para outra dimensão, tornando-se evidente que a grande maioria deles são princípios comuns aos demais ramos do direito, os quais não possuem um rol taxativo ou exemplificativo no Código Civil, aliás, muitos deles são grandes regras esparsas e genéricas.

CAPÍTULO I – O Direito Constitucional e o Direito Civil

1. O tema da primazia do direito constitucional frente ao direito civil tem sido investigado por estudiosos do direito constitucional há muitas gerações de juristas, com a preocupação de enfatizar uma interpretação jungida aos ditames do constitucionalismo moderno. Contudo, necessária uma reflexão acerca da proeminência do direito constitucional como matriz, sob pena de se estabelecer uma abordagem superficial e inadequada à doutrina do direito civil, como se este fosse soberano no sistema jurídico.

Neste capítulo, pretendemos abordar a menor dimensão do direito civil ante o direito constitucional, porque suas bases devem guardar estreita sintonia com a matriz constitucional, enquanto norma soberana da qual se irradia para todo o direito infraconstitucional como fonte, fundamento ou regra geral que o direito civil deve submeter-se. Defendemos, assim, a ideia de que haja maior nitidez do primado do direito constitucional, a fim de evidenciar a superioridade deste frente ao direito privado, tornando-se clara a falta de soberania de suas regras e princípios em relação àquele. Para melhor entender o primado do direito constitucional, necessariamente, teremos que enfrentar a "possibilidade ou não de haver alguma hierarquia normativa entre os diversos sistemas".

1.1. Evolução do Direito Constitucional

No constitucionalismo português podem ser assinalados três grandes períodos na evolução e no desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade, a saber:

a) - de 1822 a 1911, ainda na vigência das 3 (três) Constituições monárquicas, a fiscalização é puramente política, a cargo das Cortes;

b) - de 1911 a 1976, porém, na vigência das Constituições de 1911 e 1933 e das leis constitucionais revolucionárias de 1974 e 1975, dominava o modelo de fiscalização judicial difusa, mas atenuada por elementos de fiscalização política, no entanto, havia pouca aplicação prática;

c) - a partir de 1976, já na vigência da atual Constituição, prevaleceu a fiscalização jurisdicional concentrada, mas integrada com fiscalização judicial difusa. Entre 1976 e 1986, a fiscalização fora política, exercida em complexo sistema misto.

O primeiro período se apresenta relativamente harmônico, contudo, já os dois subsequentes exigem ainda subdivisões. No segundo período ocorreram 3 (três) fases bem distintas, a saber:

- a) - entre os anos de 1911 até 1933, só havia fiscalização difusa;
- b) - entre os anos de 1933 até 1974, havia a fiscalização judicial difusa, mas limitada;
- c) - entre os anos de 1974 até 1976, havia a fiscalização judicial difusa, embora cerceada pela existência de órgãos políticos revolucionários.

Já o terceiro período, fica assim delimitado:

- a) - entre os anos de 1976 até 1982, havia a fiscalização judicial difusa, fiscalização concentrada na Comissão Constitucional e fiscalização política cometida ao Conselho da Revolução;
- b) - a partir de 1982 continuou existindo a fiscalização difusa e fiscalização concentrada, mesmo com a instituição do Tribunal Constitucional.

Se as Constituições de 1922, 1926 e 1938 inspiraram-se diretamente no constitucionalismo de matriz francesa, a qual não contemplou nenhuma forma de apreciação da constitucionalidade pelos tribunais, tanto por força da separação dos poderes, como por força de um enorme preconceito que se nutria, em França, em relação ao Poder Judiciário, desde a revolução francesa. Todavia, nem por isso o povo português deixou de ter consciência do problema, em meados do século XIX, e da necessidade de possuir uma Constituição democrática que pudesse instituir o Estado, organizar o exercício do poder político, definir os direitos fundamentais e indicar os fins públicos que seriam alcançados.

É para assegurar a supremacia da Constituição e de suas normas, tanto procedimentais quanto substanciais, que existem os diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade, cuja premissa teórica mais destacada é a supremacia da Constituição. Exerce-se o controle porque a Constituição é suprema, tendo como fundamento de legitimidade a busca e a garantia dos direitos fundamentais.

Sob outro olhar teórico, não menos importante, é o fato de que constitucionalismo e democracia, embora eventualmente se superponham e se aproximem, não são conceitos necessariamente coincidentes. Pelo contrário, pode haver tensão entre eles. Democracia significa soberania popular e governo da maioria. Constitucionalismo significa um pouco mais, ou algo um pouco diferente, é dizer: limitação do poder e a instituição do Estado de Direito com a preservação de

determinados valores. Cabe à Constituição conter a vontade das maiorias, afirmar valores e realizar os direitos fundamentais, mesmo quando o processo político caminhe em direção contrária.

Contudo, foi a partir da Primeira Grande Guerra Mundial, na verdade desde 1920, que teve início na Europa uma forma de controle de constitucionalidade assentada sobre premissas doutrinárias diversas daquelas vigorantes nos Estados Unidos.

Em 1920, Hans Kelsen concebeu um modelo de controle de constitucionalidade através de tribunais constitucionais - órgãos criados especialmente para essa finalidade - fora da estrutura típica do Poder Judiciário. Nesse sistema, o juiz não pode negar aplicação à norma, o máximo que ele pode fazer é remeter a questão constitucional para o Tribunal Constitucional. Esta era a matriz do modelo austríaco, fundada na concepção kelseniana de que norma inconstitucional seria norma anulável, portanto, deixaria de produzir efeitos a contar da declaração de nulidade, cujo modelo, aliás, não prevaleceu em sua pureza.

1.2. O poder constituinte: noções gerais

O Direito Constitucional, não raro, decorre de um evento social, político e revolucionário, o qual rompe com o antigo regime, quer seja porque era opressor, quer seja porque já não possuía legitimidade ou já não atendia aos anseios da sociedade organizada. O povo revolta-se e avança contra o poder constituído e promove a ruptura do sistema. Nasce, então, a ideia de autogovernar-se por leis mais justas e legítimas. Surge, assim, a vontade de reformulação de todo o sistema jurídico, a começar de novos valores e conceitos, por meio de um novo olhar e de uma nova maneira de viver.

O povo, dono do poder soberano, auto-organiza-se em grupos e por afinidades, escolhendo aqueles cidadãos que irão desempenhar a tarefa de reconstruir o novo direito, edificado sobre outro alicerce, formatando, ao fim, uma nova matriz política-jurídica. Nasce, destarte, o poder constituinte, uma assembleia formada por pessoas do povo, entre doutos e cidadãos comuns, com histórias, vidas, culturas e costumes diversos.

Não há limites para criar, legislar e organizar o Estado e nem regular novas condutas jurídicas para a sociedade, porém, segundo Rousseau, em tal circunstância, aqui existirá o estabelecimento do corpo político que irá organizar a sociedade, sendo verdadeiro contrato com força vinculante a todos, sem exceção, firmado entre o povo e

os chefes por ele escolhidos, onde serão reunidas todas as vontades convergentes em um só documento, com observância irrestrita das leis ali contidas – pacto social –, formando os firmes laços da União. Esse poder originário se estende a tudo e a todos, cujo fim é manter a Constituição, sem ir ao ponto de mudá-lo. Para tanto, entregou-se essa tarefa aos magistrados, os quais velarão por sua execução, caso contrário, haveria a perda da legitimidade destes, hipótese em que o povo não estaria obrigado a lhes obedecer, porque esse poder, sendo de natureza ilegítima, não pode servir de fundamento aos direitos da sociedade, por não ter sido capaz de afiançar e sustentar a fidelidade, segundo a intenção dos comitentes².

O novo direito parte do ponto zero, do nada e passa a desenhar o arcabouço jurídico que irá, doravante, vigor e impor suas regras a todos, criando direitos, deveres e obrigações. Decorre, por conseguinte, a necessidade de materializar o novo direito em um documento escrito-formal, o qual, inicialmente, fora batizado de pacto social, porque todos aceitaram, espontaneamente, renunciar à autotutela, outorgando a um terceiro - ente estatal - o direito-dever de impor tais regras à coletividade, zelando pelo bem-estar de todos, segundo os limites traçados e impostos pelo documento escrito, hodiernamente chamado de Constituição, responsável em organizar o Estado, impondo-lhe limites e outorgando direitos fundamentais ao povo.

1.3. A lei fundamental

Todo povo democrático se organiza e impõe suas regras por meio do Estado de Direito, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sendo esta igual para todos, seguindo os ditames da Lei Fundamental.

A Constituição é a fonte primitiva de onde nascem a arte e a sabedoria constitucional. Todos esses fatos demonstram que, no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais relevante, de maior firmeza e de maior durabilidade que uma lei comum. Procura ser algo perene, mas não imutável. Deve ser a fonte e o verdadeiro fundamento das outras leis, por se tratar de uma Lei Fundamental. Esta, assim entendida e assimilada, deverá atuar e irradiar-se através das leis comuns do país, razão pela qual decorre, inexoravelmente, que não

²ROUSSEAU, Jean-Jacques - **Discurso sobre a origem da desigualdade entre homens, e se é autorizada pela lei natural**. p. 41, 2001.

existem direitos fundamentais sem Constituição que os estructure e lhes dê vida, por meio de algum catálogo de direitos³.

Por isso, o direito constitucional integra o direito público, que constitui e organiza o Estado e outros entes públicos, além de regular sua atividade em posição de supremacia - *jus imperii* - enquanto o direito privado regula as situações envolvendo sujeitos em posição de paridade ou igualdade. Todavia, o direito privado não pode ser considerado o direito dos egoístas e nem o direito público pode ser considerado o direito das forças de dominação, sendo ambos indispensáveis e complementares entre si, como integrantes de um mesmo sistema jurídico, dando unidade e ordem ao ordenamento jurídico, o qual se apresenta por camadas superpostas em grau de importância e de superioridade, embora possam conviver em plena harmonia sistêmica.

1.4. O Direito Constitucional e o Direito Civil.

1.4.1. A primazia do direito constitucional

Sendo o Direito Constitucional a bússola que deve nortear todo o Direito infraconstitucional, será sempre fonte obrigatória de consulta sobre a acomodação de novas leis, a fim de complementar o sistema jurídico nacional. Destarte, a Constituição será sempre fonte primária de interpretações do direito infraconstitucional, devendo o intérprete nela buscar as bases, diretrizes, valores e sentido. Em um Estado Democrático de Direito, jamais se poderá interpretar uma norma infraconstitucional partindo-se do seu próprio eixo, como se fosse um direito soberano, desgarrado de quaisquer normas e valores superiores.

Portanto, o direito constitucional será sempre um feixe de luz, um sistema solar em que os demais microssistemas passam a orbitar em seu derredor, porque dependem de sua luz para iluminar o caminho a ser seguido. A primazia do Direito Constitucional sobre toda legislação interna é algo que se impõe na modernidade, isto porque suas vigas-mestras, seus princípios, suas diretrizes foram forjadas e aprimoradas pelo poder soberano do povo, externado pelo poder constituinte, por isso, a Constituição é a Lei das Leis, porque sua origem repousa na soberania de sua gente ou do seu povo. A Constituição nasce mergulhada em uma atmosfera de participação coletiva, multidisciplinar e renovadora.

³LASSALLE, Fernando – **A essência da Constituição**, 2013, p. 5, 7-8

Mas, a sabedoria da Constituição estipulou pesos e contrapesos na lida com os demais poderes da república. A fim de equilibrar forças, cria um sistema de controle de constitucionalidade de leis, pondo freio ao absolutismo, ao autoritarismo e à força bruta, harmonizando o sistema por meio de um pêndulo, cuja função precípua é defender a Constituição de eventuais agressões, inclusive do próprio legislador e de qualquer outra autoridade. Instituiu, assim, o Tribunal Constitucional com tão sublime missão.

Deste modo, o Tribunal Constitucional atua como defensor da Constituição, relativamente ao legislador, e como garantidor da legalidade. A competência para tanto é atribuída pelo art. 281/1⁴ da Constituição portuguesa, em uma perspectiva essencialmente negativa, por apreciar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma, característica nuclear e peculiar de sua existência, incluindo aí, por evidente, as normas internacionais, ou emitidas por organizações internacionais.

O art. 281/1 da CRP fala que o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de qualquer norma jurídica. Essa cláusula geral torna inequívoca que a fiscalização abstrata de inconstitucionalidade se estende a todos os atos normativos, ou seja, abrange todas as normas, constem elas de atos legislativos ou de atos regulamentares. Por outro lado, é indiferente que se tratem de normas emitidas depois da entrada em vigor da Constituição ou de normas pré-constitucionais, por inteligência do art. 282/2⁵ da CRP, embora o tribunal tenha estendido este mesmo ponto de vista para a fiscalização concreta ou incidental.

O processo de fiscalização abstrata é de conteúdo objetivo, sem contraditório, embora os autores das normas impugnadas possam ser ouvidos, pois não se discute direito subjetivo e nem em concreto. Por isso, tampouco é um processo inquisitivo a iniciar *ex officio* pelo Tribunal Constitucional, que só atua mediante a provocação de certas pessoas, as quais a CRP outorga legitimidade a determinadas autoridades que

⁴**Artigo 281.º**

(Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade)

1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

- a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas;
- b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado;
- c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma;
- d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.

⁵**Artigo 282.º**

(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

podem requerer a fiscalização abstrata das normas jurídicas em um rol taxativo, é dizer:

a) o Presidente da República; b) o Presidente da Assembleia da República; c) o Primeiro-Ministro; d) o Provedor de Justiça; e) o Procurador-Geral da República; f) um décimo dos Deputados da Assembleia da República; g) os representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto.

A legitimação passiva será de quem editou ou aprovou o ato normativo: a) - da Assembleia da República em caso de leis, tratados internacionais e regimento interno, através de seu Presidente; b) - do Governo, em caso de decretos-leis, decretos regulamentares ou outros regulamentos; c) - das Assembleias Regionais, em casos de decretos regionais e regulamentos regionais; d) - dos Governos Regionais em casos de regulamentos regionais; e) - das Autarquias locais, nos casos de posturas ou regulamentos locais. Estas são as pessoas legitimadas passivamente, por força do art. 54 da Lei do Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional estará circunscrito ao requerimento de inconstitucionalidade daquela norma, especificadamente impugnada, ou, em outras palavras, estará adstrito a uma iniciativa externa e ao princípio do pedido, por inteligência do art. 51/5 da LTC. Os efeitos da decisão serão vinculativos, pois a decisão produzirá coisa julgada formal e material, de eficácia **erga omnes**, ou seja, vale e alcança a todos, com força obrigatória geral (vide art. 282/1⁶ da CRP).

Da mesma forma, a vinculação geral, por ter força de lei, também vincula o próprio Tribunal Constitucional quanto ao conteúdo da sua decisão. Melhor explicando:

a) - o TC, doravante, deverá decidir todos os recursos nele pendentes, de acordo com a declaração de inconstitucionalidade proferida;

⁶Artigo 282.º

(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

b) – da mesma forma, todos os demais tribunais estarão vinculados pela decisão de declaração de inconstitucionalidade, proferidas pelo TC;

c) - se, porventura, qualquer tribunal aplicar a norma declarada inconstitucional, e sendo o TC chamado a intervir, ele não poderá reapreciar a sua decisão, apenas poderá determinar que ela seja cumprida;

d) - o Tribunal Constitucional não pode interpretar, modificar, suspender ou revogar a decisão que o próprio venha tomar;

e) - a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, não está sujeita, quanto a seu sentido, à fiscalização de constitucionalidade, nem pelo Tribunal, nem pelos demais tribunais, o que não significa dizer que quando inquinada de certos vícios, a decisão em si não possa ser corrigida ou sindicada.

Decidida a questão de forma definitiva pelo TC, ela também vinculará o legislador, que não poderá reeditar aquela lei considerada inconstitucional por aquele órgão jurisdicional, caso contrário, seria um contrassenso e uma agressão à forma republicana, à harmonia entre os poderes e até mesmo contra a separação dos poderes. Por outro lado, o legislador não poderá constitucionalizar, através de nova lei, o que fora considerado inconstitucional pelo TC. Daí ressaí um limite negativo imposto ao legislador. Este limite negativo resulta do princípio do constitucionalismo e, como tal, é um limite jurídico-constitucional e não um limite político-constitucional assente no simples princípio da harmonia entre poderes, ressalvada a hipótese de uma lei de revisão vir a constitucionalizar a matéria.

A decisão de inconstitucionalidade, em fiscalização abstrata, possui, simultaneamente, um alcance positivo e negativo. Será positivo quando implicar no acolhimento ou provimento do pedido endereçado ao TC, em controle preventivo. Por outro lado, será negativo quando acarretar, por conseguinte, na erradicação da norma declarada inconstitucional. Terá, também, um alcance positivo quando for emitido o pronunciamento da inconstitucionalidade de forma originária, hipótese em que haverá a reprecinação da norma anterior, por força do art. 282/1⁷ da CRP.

⁷Artigo 282.º

(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reprecinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

A decisão do TC, em fiscalização abstrata, assume uma natureza definitiva, proibitiva ou preclusiva, eis que, produz os seguintes e imediatos efeitos formais e materiais:

a) - os órgãos administrativos, os tribunais em geral e o próprio TC não podem mais aplicar aquela norma apagada do ordenamento jurídico;

b) - estando pendente, em qualquer tribunal, processo em que esteja em causa a norma tornada nula, o tribunal não poderá aplicá-la, e da sua decisão já não mais caberá recurso para o Tribunal Constitucional;

c) - os particulares não mais poderão invocar esse ato ou essa norma expurgada por inconstitucionalidade nas relações entre eles ou perante os poderes públicos;

d) - quando a inconstitucionalidade for material, o órgão, autor do ato ou da norma, não poderá reformá-la e nem praticá-la ou editar nova norma com o mesmo conteúdo, sem que sofra nova revisão;

e) - quando a inconstitucionalidade for orgânica ou formal, o órgão autor do ato ou da norma, não poderá voltar a praticar o ato ou a emitir nova norma sem que afaste os vícios que o inquinaram;

f) - o legislador não poderá convalidar, por via legislativa, os atos praticados à sombra de lei inconstitucional, salvo se por revisão constitucional, mas não poderá conferir-lhe eficácia retroativa, porque, por revisão constitucional não se convalida lei contrária à norma por ela revogada, em nome e por respeito ao valor ou primado da autoridade da Constituição, por inteligência do art. 2º, da LTP⁸.

A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade produz efeito retroativo, *ex tunc*, e não apenas efeitos a contar da data da própria declaração, ou *ex nunc*, porém, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de qualquer norma, não afeta os casos passados em julgados, é dizer: não modifica nem revoga a decisão de qualquer tribunal transitada em julgado, que a tenha aplicado, nem constitui fundamento da sua nulidade ou de recurso extraordinário de revisão, como já decidido pela Comissão Constitucional⁹.

Homenageia-se, dessa forma, a segurança jurídica das decisões, privilegiando e respeitando a autoridade das decisões dos demais tribunais, com relevo para a saliência

⁸ **Artigo 2º**
(Decisões)

As decisões do Tribunal Constitucional são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as dos restantes dos tribunais e de quaisquer outras autoridades.

⁹ COMISSÃO Constitucional - Acórdão n. 87, de 16 de fevereiro de 1978, publicado no Diário da República em 03 de maio de 1978, p. 27.

da coisa julgada material, responsável por estabilizar o direito, tornando-o certo pela sentença insuscetível de recurso ordinário ou extraordinário, em nome do princípio constitucional da intangibilidade do caso julgado em geral, isto é, da segurança jurídica. Considerando os valores que o Estado de Direito apregoa, parece irrecusável o reconhecimento e validade desse princípio de envergadura constitucional, porém, com relevo para as ressalvas do art. 282/3 da CRP, segunda parte. Exatamente por isso, tem-se aceito que o Tribunal Constitucional pode tomar uma decisão contrariando o caso julgado, quando se tratar de matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social.

Assim, resta reafirmar que toda norma constitucional precisa ter vida e utilidade, caso contrário, não passará de mera intenção. O destinatário do direito constitucional - o povo - não seria, enfim, alcançado se suas normas não tiverem nenhuma valia ou proeminência, se fossem contrastadas por norma infraconstitucional a sobrepor-se a qualquer norma constitucional.

Se o direito é produto do homem e para o homem, aqui, no caso de menos valia da Constituição, por norma infraconstitucional, haverá evidente confusão normativa, com total inversão hierárquica de valores, não se cumprindo o desiderato do primado da Constituição. Donde rassa a imperiosa necessidade de o legislador atribuir à norma constitucional plena executoriedade.

Em um Estado de Direito, em que elas não são cumpridas e nem efetivadas, por falta de vontade política ou porque sobrepostas por norma local ou infraconstitucional, inevitável a assertiva de se tratar de um estado (com letra minúscula) que não respeita e nem serve ao seu povo, contribuindo decididamente, com sua inércia e tibieza para o enfraquecimento das instituições, levando a comunidade à certeza de sua debilidade e inutilidade, sendo seus representantes indignos de ocuparem tão elevados cargos públicos, passíveis, portanto, de reprovação popular e de responsabilidade pessoal.

Em face do primado da Constituição, nem mesmo o Tribunal Constitucional, enquanto defensor da Constituição, ainda que no exercício da jurisdição constitucional, ao rechaçar leis inconstitucionais, não poderá acumular ou exercer as vezes de legislador, reescrevendo a própria Constituição ou leis, nos casos submetidos ao seu exame, como se estivesse em defesa da Constituição. Na verdade, estará usurpando e assolando legítima e genuína competência legiferante, a qual fora entregue exclusiva e soberanamente pelo povo ao Poder Legislativo.

Desta forma, a vigência do direito anterior à nova Constituição pressupõe harmônica acomodação com o novo direito constitucional e seus princípios, caso contrário, será simplesmente rechaçado, tornado inexistente ou nulo, ante a literalidade do número 2, do art. 290¹⁰ da CRP, restando indubitável que a Constituição constitui fonte hierárquica proeminente do direito nacional. O direito anterior, quando desconforme com a Constituição, perde seus efeitos ou deixa de produzi-los tão logo a nova ordem passe a vigor, sendo excluído definitivamente do ordenamento jurídico.

Mesmo quando o Tribunal Constitucional concede à Constituição interpretações aditivas, substitutivas, construtivas ou conforme a Constituição deve manter-se fiel ao seu papel de guardião, sem, contudo, cair na tentação de criar direito novo ou de complementar a legislação rechaçada por vício de inconstitucionalidade, com tais interpretações, caso contrário, haverá indisfarçável quebra de paradigma, com visceral agressão à separação de poderes, e com nítido caráter de menos-valia do Poder Legislativo, atestando sua inutilidade, o que, aliás, é proibido por norma constitucional expressa (vide art. 111/1 da CRP).

Quando o Tribunal Constitucional atua como legislador positivo, em substituição ao poder competente, volta-se contra o seu criador e passa a subjugar-lo, diminuí-lo e anulá-lo, o que é péssimo para o Estado Democrático de Direito, porquanto ultrapassa os limites do legislador negativo. Neste caso, geralmente a sentença do Tribunal não se limita a suprimir o preceito legal contrário à Constituição, mas acaba por adicionar uma nova norma ao ordenamento jurídico, fugindo completamente do que foi idealizado pela Constituição, transformando-se em transgressor da própria Lei Fundamental, com clara usurpação e agressão a um dos pilares republicano: a separação de poderes. Assim, necessário que o direito infraconstitucional seja editado e atualizado pelo próprio Legislativo, único legitimado para alterá-lo, modificá-lo, revogá-lo ou simplesmente atualizá-lo, porque não é a Constituição que deve ser interpretada em conformidade com a lei, ao contrário, esta deve acomodar-se ou conformar-se com ela, só assim o direito constitucional gozará de legítimo primado, frente aos demais ramos do saber jurídico.

¹⁰ **Artigo 290.º**

(Direito anterior)

1. As leis constitucionais posteriores a 25 de abril de 1974 não ressalvadas neste capítulo são consideradas leis ordinárias, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2. O direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados.

Tão verdadeira essa premissa que o atual Código Civil português foi objeto de revisão geral depois da vigência da Constituição de 1976, levada ao cabo pelo Decreto-Lei n. 496/77, de 25 de novembro. As alterações mais significativas ocorreram no direito de família, no direito sucessório, na disciplina das associações, com relevo para o reconhecimento da liberdade de associação, a consagração da idade mínima para o atingimento da maioridade, com consequências no instituto da emancipação, além da extinção do regime dotal.

A Constituição contém uma força geradora para o direito privado, tendo em vista que suas normas não são meras diretivas programáticas e sem força normativa, ao contrário, são normas imperativas e gerais que devem ser observadas e aplicadas pelo legislador, pelo juiz e demais órgãos públicos. O legislador não pode criar normas de direito público ou privado contrárias à Constituição. Da mesma forma, o juiz e os órgãos administrativos não devem aplicar normas inconstitucionais, consoante orienta o art. 204 da CRP¹¹.

1.4.2. Direito Civil Constitucional

O Direito Civil viveu soberano durante muitos séculos e décadas. Era o direito que tudo regulava, e, por isso, despontava como primeira fonte. Tempo em que a propriedade, o direito de família, a religião reinavam absolutos. Era o direito dos egoístas e dos mais fortes. Mas, a partir da II Grande Guerra Mundial o mundo passou por profundas transformações, questionando os valores dantes imutáveis, buscando romper barreiras então intransponíveis para alcançar uma feição mais humanizada do Direito. Durante os pós-guerras, nações até então destruídas começam a erguerem-se dos escombros, com a nítida clareza e certeza de que precisavam impor limites à maldade humana, com finalidade de evitar a barbárie. Novo espírito começa a soprar, fazendo ressurgir alguns Tribunais Constitucionais na Europa, tangidos por uma Constituição responsável pela reestruturação do arcabouço jurídico do velho continente, também responsável pela organização e estruturação do próprio Estado.

Com esse novo espírito, o direito constitucional passa a preocupar-se com temas ligados aos direitos das gentes, aos direitos humanos e fundamentais, buscando imprimir maior segurança jurídica entre os povos. Novamente o mundo começa novo

¹¹PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 70-73.

ciclo. Agora, o direito constitucional cria novos direitos, deveres e limita, fortemente, o poder soberano então nas mãos de poucos.

O direito constitucional começa a penetrar outros ramos do direito, envolvendo-os em seus novos valores, modulando suas antigas raízes à nova realidade, transformando a velha maneira de pensar e realizar o direito, chegando, inclusive, a constitucionalizar institutos então estranhos ao berço constitucional.

No decorrer dessa evolução, surge a internet como instrumento catalisador e responsável por romper fronteiras, passando a fomentar o conhecimento, a pesquisa e rápida integração entre povos, nações e línguas. Com isso, surgem novas gerações de direitos até então desconhecidas e ignoradas, como a da biotecnologia e do genoma humano, da biodiversidade, do meio ambiente sustentável, do direito das pessoas idosas, dos deficientes, da criança e do adolescente, do companheiro, da homoafetividade, das células-troncos, da anencefalia, da eutanásia, do testamento vital, do consumidor, dentre outros que o direito civil, dantes onipotente, não foi capaz de regular, em face de suas especificidades. O Código Civil tornou-se pequeno, porque a grande maioria desses temas hoje é regulada por leis especiais, apartadas do Código Civil, porque são direitos da pós-modernidade.

Contudo, o direito civil socorre-se do direito constitucional, buscando nele um novo fôlego e uma nova sobrevida. Embora não se encontre na Constituição portuguesa uma referência expressa sobre o direito civil, mormente no capítulo das competências legislativas, como encontramos em outras Constituições, ali, no art. 165, número 1, alíneas “a” e “b”, existe uma cláusula geral reconhecendo a competência para a Assembleia da República legislar sobre o estado e capacidade das pessoas, direitos, liberdades e garantias, ou seja, o direito civil continuou vivo e nem por isso ficou esquecido.

Apesar disso, é possível encontrar na CRP alguns temas tipicamente de direito civil, os quais passaram a ser constitucionalizados em razão da importância e do grande interesse que têm despertado na vida das pessoas, sendo, destarte, o direito civil constitucionalizado em pequena monta desses temas, enfrentados com alguma largueza e outros com algum redutor, embora as restrições aos direitos fundamentais ou de personalidade ocorrerão, tão somente, no estritamente necessário para salvaguardar outros direitos de valores superiores, constitucionalmente protegidos. Dentre os temas de direito civil constitucionalizado, podemos citar o direito de personalidade de que fala o art. 26 da CRP, o direito de família, especificado no art. 36 c/c art. 67 da CRP, o

direito de propriedade privada, assegurada pelo art. 62/1 da CRP e a autonomia privada regulada pelo art. 61 da CRP.

O direito constitucional, por ser transformador e revolucionário, ostenta uma orla humanista de fins coletivo, igualitário, solidário, fraterno e social, por isso, passou a privilegiar a coletividade, o interesse público ao privado e vai se afastando do eixo exclusivista do direito privado, voltando o seu olhar para a pessoa humana como verdadeira destinatária do sistema jurídico, considerada no conjunto de seus valores ético/moral, religioso, político, cultural, profissional, social e econômico, cujo bem tutelado passa a ser voltado com maior ênfase para os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e propriedade, conhecidos como de primeira geração, sem esquecermos a segunda geração deles, as quais também exigem igual proteção, por ostentarem uma natureza de direito coletivo e social, tais como o direito ao trabalho, salário-mínimo, limitação de jornada, aposentadoria, proteção ao menor, a mulher e a velhice etc, além dos de terceira geração acima destacados, como já especificados e reconhecidos pela própria Suprema Corte brasileira (STF no MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995)¹².

Não é de se estranhar que a CRP tenha constitucionalizado esses punhados de direitos de natureza civilista, para torná-los mais humanizados e harmonizados com o alto teor publicista que lhes empresta, muito embora o faça em linha direta de colisão com a filosofia do Código Civil, o qual consagra o direito de propriedade típico do liberalismo do século XIX e XX, quando ostentava a pecha de direito absoluto.

Já na visão do direito constitucional moderno, a propriedade deixa de ser egoisticamente individualista para desempenhar uma função social, efetivamente coletiva, solidária e fraterna, em face do que dispõe o art. 81, letras "a", "b" e "h"¹³ c/c art. 94¹⁴, superando a relação tradicional de homem/coisa.

¹² os **direitos de primeira geração (direitos civis e políticos)** – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os **direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais)** – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os **direitos de terceira geração**, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

¹³ **Artigo 81.º**

(Incumbências prioritárias do Estado)

Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável;

Sendo o direito constitucional uma cláusula aberta para valores humanitários como igualdade, dignidade, vida, honra etc, ele vem possibilitando uma releitura de antigos tabus, mormente no campo do direito privado, sempre sisudo e indiferente com o outro, centralizando a figura da pessoa como maior patrimônio de uma sociedade que se importa em distribuir oportunidades ao seu corpo coletivo que, ao fim e ao cabo, é quem produz riquezas e acumula conhecimentos.

Com isso, o Estado cada vez mais intervencionista na economia e na vida das pessoas, inclusive no direito civil, enquanto garantidor da esfera privada, muda o seu olhar outrora inerte e compassivo, para ativista e garantidor do direito das minorias e dos desvalidos, em contraponto ao poder econômico, sempre audaz, impiedoso, indiferente e insensível aos problemas humanos e sociais, preocupado que está em acumular bens e riquezas, preferencialmente por meio da exploração do ser humano, visto por aquele como mera mercadoria.

São antigos valores que o direito constitucional busca afastar ou desarraigar do direito privado, a fim de eliminar o fértil terreno das desigualdades sociais, enquanto compromisso do Estado português, como advertem as letras "d", "e" do art. 81¹⁵ da CRP, a garantir a paridade de forças econômicas na sociedade.

Hodiernamente, já não há mais espaço para a inércia do Estado liberal, com sua posição de neutralidade, que encarava o interesse público como instrumento de garantir e fortalecer cada vez mais o direito privado, porque a intervenção estatal na economia, embalada pelo século XX só cresceu, impondo importantes limites na concepção da

b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções as desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal;

h) Eliminar os latifúndios e reordenar o minifúndio;

¹⁴Artigo 94.º

(Eliminação dos latifúndios)

1. O redimensionamento das unidades de exploração agrícola que tenham dimensão excessiva do ponto de vista dos objectivos da política agrícola será regulado por lei, que deverá prever, em caso de expropriação, o direito do proprietário à correspondente indemnização e à reserva de área suficiente para a viabilidade e a racionalidade da sua própria exploração.

2. As terras expropriadas serão entregues a título de propriedade ou de posse, nos termos da lei, a pequenos agricultores, de preferência integrados em unidades de exploração familiar, a cooperativas de trabalhadores rurais ou de pequenos agricultores ou a outras formas de exploração por trabalhadores, sem prejuízo da estipulação de um período probatório da efectividade e da racionalidade da respectiva exploração antes da outorga da propriedade plena.

¹⁵Artigo 81.º

(Incumbências prioritárias do Estado)

Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

d) Promover a coesão económica e social de todo o território nacional, orientando o desenvolvimento no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões e eliminando progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo e entre o litoral e o interior;

e) Promover a correcção das desigualdades derivadas da insularidade das regiões autónomas e incentivar a sua progressiva integração em espaços económicos mais vastos, no âmbito nacional ou internacional;

autonomia privada, seja pelas cláusulas gerais, seja pela lei de proteção ao consumidor, afetando em cheio todos os ramos do direito, e o direito privado em particular, porque a ordem jurídica moderna tem por primado colocar o homem no centro das decisões políticas e jurídicas, razão pela qual deve conter restrições e limites em nome dos direitos e interesses coletivos, a fim de preservar o bem comum, valores ausentes e completamente indesejáveis no sistema do direito civil tradicional.

O Estado de Direito dos dias atuais já não se satisfaz com a proteção da sua ordem jurídica, tão somente. Antes, tem uma conduta proativa na vida da sociedade, através de sua incisiva intervenção, objetivando proporcionar o bem comum e a inclusão da camada menos favorecida aos bens essenciais ao desenvolvimento da dignidade humana, mesmo que, para tanto, aja como Estado-social ou assistencialista, dando vida e vigor às normas constitucionais, inclusive as programáticas, sem, contudo, sufocar o capital.

A partir da Constituição de Weimar, surgiu uma nova concepção de direito constitucional. As Constituições passaram a tratar de direitos privados, em clara homenagem ao bem-estar social e à justiça distributiva. Assim, no processo de constitucionalizar o direito privado ou parte dele, o direito constitucional alargou seu campo de atuação como agente garantidor de bem-estar. Por outro lado, a abordagem pela Constituição portuguesa de temas como o direito de personalidade, de família, de propriedade e da autonomia privada, tradicionalmente exclusivos do direito civil, tem sido criticada por muitos juristas como algo desnecessário, fora de propósito e desprestigiado ao direito civil, apequenando o direito privado. No entanto, tal preocupação não procede, tendo em vista que o ordenamento jurídico não se resume no Código Civil, sendo ele um oceano de normas e regras, em que todos os ramos são vasos comunicantes, porque se entrelaçam e se comunicam por caminhos interdisciplinares, no âmbito interno do sistema jurídico¹⁶. Nem um ramo do direito é estanque. Se assim fosse, morreria asfixiado.

O direito constitucional tem seguido a tendência dos novos modelos de Constituição, desde Weimar, no sentido de regular várias matérias do direito privado, as quais eram exclusivamente estanques e pertencentes a um determinado e exclusivo ramo do direito, em especial ao direito civil.

¹⁶RAMOS, Carmem Lúcia Silveira - **Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil**, p. 156-158.

Abandona-se o sistema tradicional de Constituição, então restrito à definição da estrutura do poder do Estado, com definições bem delineadas de competências e o catálogo de direitos fundamentais. Contudo, passa a redefinir relações econômicas estritamente de vida privada; redefine o conceito e o papel das empresas, bem como intervém diretamente no conceito de família, modifica a relação entre familiares-marido/esposa e filhos a tal ponto que o pátrio poder deixa de existir como direito absoluto do marido, passando a ser compartilhado com a esposa, imprimindo um modelo novo de sociedade, alterando profundamente o papel tradicionalmente masculino na sociedade.

A Constituição tem mesmo esse papel inovador e transformador, por traduzir a ideologia de um tempo em um determinado contexto histórico e político, se colocando em uma posição de proeminência dentro do sistema jurídico, em face do princípio da supremacia da Constituição. Deve ser considerada o documento de maior importância, o mais festejado, por representar a matriz de consulta obrigatória para todo jurista, quando enfrenta regras a serem lapidadas conforme o texto constitucional, seguindo-as ou rejeitando-as por contrastarem o seu texto, a qual deverá ser - a Constituição - o caminho perseguido e trilhado na busca de respostas e interpretações do sistema jurídico em geral e, em particular, os institutos de direito civil constitucionalizado, em virtude de ela derivar eficácia revogatória das normas inferiores que lhes são incompatíveis ou simplesmente novadas, na concepção de Jorge Miranda.

Disso decorre a necessidade de dimensionarmos a importância das fontes do direito, demonstrando a estrutura vertical da Constituição frente ao Direito infraconstitucional, notadamente porque qualquer norma ordinária anterior à Constituição depende de um único requisito para continuar a vigor: suas normas não poderão contradizer as normas constitucionais, seja de forma direta ou indiretamente. Se uma lei infraconstitucional, for contrária ao direito constitucional vigente, não subsistirá enquanto norma inferior, salvo se for constitucionalizada, mas, nesse caso, já não será mais lei ordinária.

Na hermenêutica do Código Civil, hodiernamente, não se pode ignorar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, valores que também se irradiam sobre todo o direito privado, cuja orientação interpretativa deve considerar esses valores constitucionais em respeito ao primado da Constituição, favorecendo uma integração interdisciplinar cada vez maior com o sistema jurídico de direito privado, já que o Código Civil perdeu a centralidade do ordenamento jurídico de outrora, deixando o

papel unificador do sistema jurídico, notadamente na ordem publicista que vem sendo cada vez mais desempenhada pela Constituição, haja vista a sobreposição dos princípios constitucionais, inclusive, a posição anteriormente ocupada pelos princípios gerais do direito, principalmente porque os Códigos exercem, hoje, um papel menor, residual, no mundo jurídico e no contexto sociopolítico¹⁷.

1.4.3. O direito civil enquanto norma infraconstitucional

O direito civil é o direito comum das pessoas. Ele regula a vida de relação da sociedade em distintas áreas. Nele encontramos o direito de vizinhança, de personalidade, empresarial, comercial etc. Por isso, possui uma Teoria Geral própria que regula o Direito das Obrigações, das Coisas, de Personalidade, de Família e Sucessório.

O direito civil representa o núcleo do direito privado, sendo conhecido como o direito responsável pelo resguardo da propriedade privada, da personalidade, da vida privada, do direito de privacidade e da autonomia privada. Acompanha o homem do seu nascimento até a sua morte, estendendo seus efeitos, em alguns casos, para além da morte, porque resguarda a dignidade do morto e do cadáver.

É dinâmico, porque acompanha a evolução da sociedade, mas, por ser lei ordinária, requer menor rigor e exigência para sua edição e alteração, devendo guardar estreito respeito pelas diretrizes constitucionais, notadamente quanto aos direitos fundamentais, à dignidade da pessoa humana, ao direito internacional que o Estado português seja signatário, limitado, porém, pela norma do art. 8º da CRP. É uma lei de larga abrangência e duração. Regula com cuidado e zelo, a liberdade de contratar, reconhecendo autonomia da vontade às pessoas.

O direito civil é autônomo, porque possui princípios gerais ou comuns que lhes são próprios, distinguindo-se dos demais ramos do direito, porém, não é e não pode ser soberano, embora já tenha sido festejado como a Constituição da vida do homem. Também possui vida independente dos demais ramos, por isso possui autonomia e é considerado como o núcleo do direito privado. Considera o homem em sua realidade social, cultural, profissional e artística, enquanto ser que se agrupa, se comunica e

¹⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil: Contratos**, 2016, prefácio.

expressa a sua vontade por ser pessoa pensante que participa ativamente do meio em que está inserido.

Por ser obra humana, o direito civil almeja regular a conduta profissional do homem, sua produtividade, suas potencialidades, criando limites ao egoísmo exacerbado, buscando integrá-lo na vida da comunidade com seu semelhante, estimulando a realização de fins comuns por meio da solidariedade ou fraternidade (princípios constitucionais). Não é e não pode ser um direito absoluto ou soberano, sem fronteiras e nem dos absurdos. Por isso, deve ter como ponto de partida o ser humano, pois é por ele e para ele que o direito existe. Em razão disso, a sua primeira preocupação está na caracterização da pessoa como sujeito de direitos e de obrigações, notadamente no direito de personalidade.

Sendo o homem fruto do meio, um ser consciente e social, nasce no seio de uma família, seu habitat onde sua personalidade é formada e forjada. Por isso, o direito civil regula o direito de família logo após o direito de personalidade, por ordem de dignidade. O direito civil é formatado entre iguais, com preocupação constante de sustentar essa igualdade em todos os seus termos, evitando investida que possam vir a fraudá-lo. Dá especial relevo para a liberdade de contratar e para a autonomia privada das pessoas.

Tal autonomia constitui uma ideia central do direito civil, e vem sendo alimentada há séculos por pensadores do Direito e por filósofos, razão pela qual ele tem sido, por muito tempo, não apenas um ramo do direito privado, mas o direito privado geral e, em certas épocas, foi todo o direito privado. Quando se pensa em unificação do direito privado em um corpo de leis, busca-se o Código Civil como primeira fonte e como norma organizadora a sistematizar as relações jurídicas da ordem privada.

O direito civil, por conseguinte, estruturava-se como um conjunto de regras e princípios totalmente apartado do direito público. Essa relação sofreu profunda modificação pela crescente interdisciplinaridade que o direito constitucional passou a desempenhar com os frequentes diálogos com os demais ramos do direito privado, fato que envolveu o direito trabalho, o qual sofreu incidência direta e efusiva em suas regras. No plano do direito civil, a tendência foi a mesma, o direito constitucional passou a regular com detalhes institutos próprios e exclusivos daquele. Contudo, a migração de institutos do Código Civil para a Constituição, com todas as transformações daí advindas, não retirou do direito civil o seu caráter e natureza de núcleo do direito privado.

Então, o que é direito civil? Herdamos o termo direito civil do direito romano. O termo civil se identifica com cidadão, por conseguinte, o direito civil poderia ser conhecido como o direito do cidadão. Os romanos o tratavam de *Ius Civile* todo o direito que regulava a sociedade romana, ou seja, a sociedade dos cidadãos romanos. Daí o termo direito civil, representando o Direito da Cidade de Roma.

Os romanos não faziam qualquer distinção entre ramos de direito que atualmente adotamos. Tudo era Direito Civil. Naquela época, não conheciam o direito penal, constitucional, trabalho, tributário, administrativo etc. Tudo isso era chamado Direito Civil. Com a evolução da sociedade, o pensamento jurídico também acompanhou essa evolução, passando a se especializar, advindo a necessária divisão do direito em ramos. Somente a partir de então, é que o direito civil passou a designar o ramo do Direito Privado, regulando relações entre particulares¹⁸. O direito civil não vive isolado no mundo jurídico, pois mantém diálogos com todo ordenamento jurídico, nomeadamente com os ramos jurídicos que tiveram sua origem em suas entranhas, ora contribuindo ora aceitando contribuições, em face da sua interdisciplinaridade.

No direito constitucional buscou maior integração, fornecendo a este a sua dogmática para a proteção dos interesses individuais, da propriedade, dos direitos de personalidade, emprestando-lhe o conceito de pessoa, de propriedade, de família e muitos outros. As origens do direito penal remontam à teoria civilista da responsabilidade por atos ilícitos, a partir de então, os penalistas descobriram-no como ramo autônomo e independente, o qual ostenta sua autonomia por possuir seus próprios princípios. No entanto, é do direito civil que vem o conceito de pessoa, de bem, esbulho etc¹⁹.

O direito tributário também descende do tronco do direito civil, visto que, nada mais é que o direito das obrigações adaptado para esfera do direito público. Aplicam-se a ele quase todos os institutos do direito das obrigações, embora regido por princípios do direito público.

É no direito civil que o direito administrativo vem extrair as bases da teoria dos atos e para os contratos administrativos, embora, distintamente da sua origem, dela se desprende para orientar-se pelo interesse público. Finalmente, os filhos mais importantes do direito civil, sejam, talvez, o direito empresarial e do trabalho. Com o

¹⁸FIUZA, César - **Direito Civil: Curso Completo**, p. 33-35.

¹⁹*Idem. Op. Cit.* p. 34.

primeiro, forma par perfeito por ser uma releitura do direito das obrigações, adaptado à vida empresarial. São faces da mesma moeda²⁰.

O direito do trabalho era regido por normas do Código Civil pertinentes ao contrato de prestação de serviços. Mas, com o surgimento da sociedade de massa, essas normas foram insuficientes para regular a relação de emprego entre empregado e empregador, sendo necessária lei especial dispondo de forma mais detalhada sobre a matéria. Assim surgiu o direito do trabalho, inegavelmente autônomo cientificamente, mantido por seus próprios princípios e por uma pujante doutrina. Mesmo assim, continua haurindo no direito civil a dogmática da responsabilidade civil, da prescrição e decadência, do direito de personalidade para aplicar em seu dia a dia, de forma direta ou subsidiária.

No direito civil a manifestação de vontade individual dos sujeitos é particularmente relevante na conformação dos efeitos jurídicos pretendidos. No fundo, tem admitido um significativo grau de liberdade para as pessoas regularem os seus interesses, através de instrumentos jurídicos como, por exemplo, os contratos.

Autonomia privada, etimologicamente, é o poder de o particular estabelecer as suas próprias regras ou de criar um ordenamento próprio. Autonomia não se confunde com soberania, donde há de ser reconhecida por um ordenamento superior. Autonomia é o poder de dar-se um ordenamento.

Neste sentido substancial, a autonomia privada significa que a ordem jurídica global admite que os particulares participem da construção da sua própria ordem jurídica, desde que a esfera jurídica de cada um não resulte em um regramento autoritário e ilegal, invadindo a liberdade ou reserva do outro. Uma criação autônoma sem limites seria autorizar a selvageria dos mais fortes e poderosos contra os menos afortunados, indefesos e vulneráveis. Infelizmente, a isso fecha os olhos o superliberalismo selvagem dos nossos dias, porque subserviente ao senhor **mercado**²¹.

A autonomia privada pode manifestar-se de formas muito variadas. Podemos localizá-la em quatro zonas de atuação²². Ela pode estar na liberdade de:

a) - **negociação**.

A liberdade de negociação abre aos particulares essa possibilidade desde as fases preliminares dos contratos, como prévia de qualquer vinculação. Na proposta do pré-

²⁰*Idem. Op. Cit.* p. 34-35.

²¹ASCENSÃO, José de Oliveira - **Teoria Geral: ações e fatos jurídicos**, p. 68-86.

²²*Idem. Op. Cit.* p. 80-81.

contrato, veremos que as relações são essencialmente de fato, mesmo assim podem criar efeitos jurídicos. Contudo, a liberdade de negociação desaparece em figuras como o contrato de adesão.

b) - **criação** - de modelos negociais típicos.

A liberdade de criação permite às partes não se limitarem em aceitar apenas os tipos negociais previstos em lei, mas podem criar novas figuras que melhor sirvam aos seus interesses. Temos, então, os negócios atípicos. Assim, ainda que a lei não regule os contratos de fornecimento ou de franquia, as partes não estão impedidas de prevê-los e vincularem-se validamente.

Entretanto, a liberdade de criação desaparece quando a lei estabelece um sistema de *numerus clausus* de determinados tipos de negócios. Assim, acontecia com os contratos no antigo direito romano. É o que acontece, nos dias atuais, com negócios familiares, em que as partes não podem criar novos negócios jurídicos no campo do direito de família, por exemplo.

c) - **estipulação**.

A liberdade de estipulação sempre foi restritiva, através do estabelecimento de regras injuntivas. É o caso da estipulação dos juro, a lista das condições proibitivas em testamentos, consoante arts. 2.231/2.232²³. Há negócios em que todo o seu conteúdo acessório é excluído, por não ser possível o afastamento do modelo legal. Assim acontece no casamento ou na adoção. Na medida em que não houver liberdade de criação nem liberdade de estipulação, não há, automaticamente, liberdade de negociação.

d) - **vinculação**.

A liberdade de vinculação ou celebração significa que cabe às partes aceitarem vincular-se ou não, concluindo os negócios jurídicos que quiserem, mas representa o mínimo necessário à afirmação da autonomia privada, ainda que seja apenas para aceitar ou não a proposta.

²³**ARTIGO 2231º**

(Condição captatória)

É nula a disposição feita sob condição de que o herdeiro ou legatário faça igualmente em seu testamento alguma disposição a favor do testador ou de outrem.

ARTIGO 2232º

(Condições contrárias à lei)

Consideram-se contrárias à lei a condição de residir ou não residir em certo prédio ou local, de conviver ou não conviver com certa pessoa, de não fazer testamento, de não transmitir a determinada pessoa os bens deixados ou de os não partilhar ou dividir, de não requerer inventário, de tomar ou deixar de tomar o estado eclesiástico ou determinada profissão e as cláusulas semelhantes.

O negócio jurídico é uma manifestação do princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade, subentendido em todo direito privado, sendo certo que apenas a lei cria normas, enquanto o negócio jurídico cria relações jurídicas. De todo modo, a autonomia privada nunca será fonte de direito, nem mesmo subordinada ou dependente. Só está na origem de situações jurídicas, as quais se manifestam e se realizam através de negócios jurídicos, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo²⁴.

A autonomia privada, em maior ou menor intensidade, está presente em todos os domínios em que o direito civil modela a vida social, mais amplamente no plano das relações patrimoniais e na troca de bens e serviços, porém, com menor impacto no domínio das relações familiares, cujo caráter imperativo de grande parte das normas jurídicas proíbe a disposição ou há limitação a certos direitos de personalidade ou, ainda, reduzem a liberdade de contratação. Mas, em um sistema de liberdade, o princípio da autonomia privada tem de estar consagrado no ordenamento jurídico, pois é um dos pilares do direito privado e da ordem jurídica²⁵.

A autonomia privada tem a sua manifestação mais expressiva nos negócios jurídicos bilaterais ou contratos, enquanto expressão máxima de liberdade contratual. É o seu apogeu, o mais alto grau de liberdade, a sua mais ampla dimensão, cuja fonte inspiradora é o art. 405²⁶ do Código Civil, segundo o qual as partes podem celebrar contratos diferentes dos previstos no CC ou incluir neles cláusulas que lhes aprouver.

O direito civil vigente, modelado segundo determinados princípios, não tem uma validade eterna e universal, à semelhança do tão discutido direito natural. Nem sequer os seus princípios podem alcançar todo o ordenamento jurídico pátrio, porque não seriam válidos para todos e em todas as épocas. Esses princípios jurídicos oferecem-nos assim os traços essenciais do direito civil, na medida em que modelam o conteúdo do direito vigente. Tratando-se de princípios básicos do direito civil, aceitos e desenvolvidos por normas e regras, dando-lhes um sentido e assinalando-lhes uma função, naturalmente que encontrarão guarida na Constituição, alguns expressamente

²⁴ASCENSÃO, José de Oliveira - **Teoria Geral: ações e fatos jurídicos**, p. 73-86.

²⁵PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 102-107.

²⁶**ARTIGO 405º**

(Liberdade contratual)

1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.

consagrados, outros nitidamente pressupostos de algum preceito constitucional. Constituem o sistema interno do direito civil.

Resta evidente que as matérias reguladas pelo direito civil, embora todas de importância e de impacto na vida das pessoas, cada uma independente entre si, sendo grandes temas tipificados no Código Civil, são restritas às reservas constitucionais outorgadas pela Constituição à lei ordinária, e, como tal, devem respeitar os limites materiais que lhe são impostos na Lei Maior.

Enquanto criatura, o direito civil não poderá rebelar-se contra o seu criador – Constituição -, buscando ocupar o seu lugar e sua importância, haja vista estarem em dimensões diferentes, separadas por degraus diferenciados pelo campo de atuação de cada um. Mesmo sendo o Código Civil a constituição do cidadão comum, é no direito constitucional que deve ser baseada toda a interpretação do direito privado, principalmente nos princípios e valores constitucionais superiores, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual tem assento no seu art. 1º da CRP, sendo um valor supremo da república portuguesa, de obrigatória incidência em todo o ordenamento jurídico, em nome e em respeito ao princípio do primado da Constituição.

1.5. A hierarquia das normas

Tradicionalmente, o Código Civil ocupou a proeminência de fonte nuclear do Direito português, tendo em vista que a sociedade portuguesa não respirava e nem convivia com o direito constitucional legitimado pela soberania popular, ante o período totalitário que viveu, sendo relativamente nova a sua experiência com o direito constitucional revolucionário e transformador. É o que se extrai dos termos do número 1²⁷ do art. 1º do Código Civil, quando elegeu como fonte apenas a lei. A força da tradição histórica de reconhecê-lo como figura nuclear ou central no ordenamento jurídico não deixou de se impor, mesmo após a promulgação da CRP de 1976 e da própria revisão que sofreu o Código Civil, em 25 de novembro de 1977, pelo Decreto-Lei n. 496/77.

Apesar de o número 2²⁸ do art. 290 da CRP deixar bem claro que, doravante, o Direito ordinário somente se manteria caso não entrechocasse com a Constituição,

²⁷ **ARTIGO 1º**

(Fontes imediatas)

1. São fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas.

²⁸ **Artigo 290.º**

(Direito anterior)

resultando dessa assertiva um novo paradigma no ordenamento jurídico português, circunstância reforçada pelo art. 112²⁹ da CRP, o qual instituiu o princípio hierárquico normativo interno, com impacto direto nas fontes de direito, ainda que se faça distinção entre Leis Constitucionais, Leis Ordinárias e Regulamentos.

A Constituição passou a ser a fonte primária, seguida por uma nova ordem jurídica. Infelizmente, a tradição fora mais forte, pois mesmo tendo o Código Civil sido alterado para dispor e se adequar à nova realidade constitucional, ainda assim manteve-se inalterada a redação do seu art. 1º. Contudo, as normas e princípios do direito internacional geral ou comum, que passaram a integrar o direito interno português, com a admissão de Portugal à União Europeia, por inteligência do art. 8º. da CRP, também não foram consideradas na redação do art. 1º do CC.

Portanto, já não podemos mais pensar em fontes no formato instituído pela teoria clássica então instituída, nesta ordem: a lei, o costume, a jurisprudência, a doutrina e, ainda, a equidade e os princípios gerais do direito. Dessa forma, nova teoria das fontes surgiu no ordenamento jurídico português a partir do novo direito constitucional, iniciado com a Constituição de 1976, notadamente com o número 3 do art. 3º³⁰ da CRP, segundo o qual a validade das leis e dos demais atos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.

Com a entrada de Portugal na União Europeia, essa realidade normativa se modifica profundamente, agora assentada em ordenamento continental e baseada na

2. O direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados.

²⁹ **Artigo 112.º**

(Actos normativos)

1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais.
2. As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos.
3. Têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas.
4. Os decretos legislativos têm âmbito regional e versam sobre matérias enunciadas no estatuto político-administrativo da respectiva região autónoma que não estejam reservadas aos órgãos de soberania, sem prejuízo do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 227.º.
5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.

³⁰ **Artigo 3.º**

(Soberania e legalidade)

3. A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.

multiplicidade de regimes, focalizado numa perspectiva universalista, não havendo mais espaço para elas - fontes - se alicerçarem apenas no direito oficial, devendo considerar o Direito Comunitário europeu.

A União Europeia é uma associação de Estados independentes e soberanos, com personalidade jurídica distinta dos seus associados, *ex vi* do art. 47 do Tratado da União Europeia, surgindo uma nova modalidade de governo, com um novo estilo de aplicação do direito. Para tanto, cada Estado-membro renunciou a uma parcela de sua soberania e delegaram à União de Estados, submetendo-se as suas regras.

Os tratados que instituíram e modificaram a antiga forma de pensar o direito, fundaram um ordenamento jurídico novo e autônomo, inclusive com a criação de um Tribunal de Justiça da União Europeia, reconhecido constitucionalmente pelos Estados-membros. A questão da recepção, hierarquia e obrigatoriedade do direito da União Europeia está regulada no art. 8^o³¹ da CRP, o qual, no seu número 2, prevê a recepção plena de todo o direito internacional convencional. No seu número 3 viabiliza a vigência do direito derivado da União Europeia e, no seu número 4, garante a aplicação daquele ordenamento, com respeito aos princípios fundamentais do Estado democrático, os quais vêm especificados no art. 288 da CRP³².

Consoante art. 288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, são atos normativos adotados pela União os regulamentos, as diretivas e as decisões com poder vinculativo para os Estados-membros.

Os Regulamentos, enquanto atos gerais e abstratos são obrigatórios em todos os seus elementos ou disposições, sendo diretamente aplicados em todos os Estados-membros e, uma vez cumpridos os seus requisitos de validade e vigência, *ex vi* do art.

³¹Artigo 8.º

(Direito internacional)

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português.

3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.

4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

³² FALCÃO, José Diogo; CASAL, Fernando; OLIVEIRA, António Sarmento de; CUNHA, Paulo Ferreira da - **Noções Gerais de Direito**, p. 58.

297/2³³ do TFUE, são diretamente aplicáveis a todos os Estados-membros, dispensando qualquer mecanismo de recepção nos seus ordenamentos internos, neles se incorporando automaticamente. Disso decorre que os Regulamentos têm proeminência normativa, não podendo os Estados-membros invocar quaisquer disposições internas para obstem a sua aplicação. Em caso de colisão entre o Regulamento com o direito nacional, aquele goza de primado na sua aplicação. Vinculam obrigatoriamente tanto no plano das relações verticais (entre Estado e particular) como nas relações horizontais (entre particulares)³⁴.

Sobeja falar sobre as Diretivas, enquanto fontes de origem externa, tais quais os Regulamentos, as quais também vinculam os Estados-membros quanto aos resultados que visam alcançar. Devem ser materialmente incorporadas ou simplesmente transportadas para o ordenamento jurídico dos Estados-membros nos prazos nelas previstos e, nos termos do art. 112, n. 8³⁵ da CRP, devem revestir a forma de lei, decreto-lei ou decreto legislativo regional. Neste caso, o direito da União facultou aos Estados-membros maior discricionariedade quanto à forma e ao meio legislativo, sendo um excelente método de harmonização legislativa ou de legislação indireta, sem prejuízo do primado que elas contenham. Uma vez incorporadas ao direito interno, prevalecem sobre as demais normas, sendo interpretadas em conformidade com seu conteúdo. Se o Estado-membro não incorporá-las ao seu direito interno, poderá ser responsabilizado patrimonialmente, possibilitando a abertura de processo por não-cumprimento contra o Estado negligente, inclusive se a transposição for tardia, errônea ou insuficiente, nos exatos termos dos arts. 259 e 260 do TFUE. Também são obrigatoriamente publicadas no Jornal Oficial da União Europeia, e produzem efeitos a partir da notificação do Estado-membro destinatário³⁶.

Portanto, de nenhuma valia terá norma interna que se contraste com o Direito Internacional convencional ou, mais especificadamente, com o ordenamento jurídico da União Europeia, em face da literalidade do item 4 do art. 8º da CRP. Por conseguinte, o

³³ Art. 297/2 - Os atos legislativos são publicados no Jornal Oficial da União Europeia. Entram em vigor na data por eles fixada ou, na falta desta, no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação.

³⁴ FALCÃO, José Diogo; CASAL, Fernando; OLIVEIRA, António Sarmento de; CUNHA, Paulo Ferreira da - **Noções Gerais de Direito**, p. 73.

³⁵ **Artigo 112.º**

(Actos normativos)

8. A transposição de actos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna assume a forma de lei, decreto-lei ou, nos termos do disposto no n.º 4, decreto legislativo regional.

³⁶ FALCÃO, José Diogo; CASAL, Fernando; OLIVEIRA, António Sarmento de; CUNHA, Paulo Ferreira da - **Noções Gerais de Direito**, p. 73-74.

ordenamento jurídico da UE estabelece os critérios, segundo os quais se relaciona com as ordens jurídicas dos seus Estados-membros, no exercício das respectivas competências que lhes foram atribuídas, afirmando a sua primazia sobre todas as normas de direito interno.

Por fim, os Estados-membros estão impedidos de aplicar direito nacional incompatível com o ordenamento jurídico da União Europeia, devendo, inclusive, interpretar o direito nacional de modo a conformar-se com ele, principalmente quanto aos Regulamentos e Diretivas, os quais possuem poder vinculativo em relação aos Estados-membros, razão por que se percebe, de forma solar, que a teoria das fontes internas sofreram profundos impactos, passando, doravante, a repousar em nova base ou matriz hierárquica, cuja pirâmide deveria está assim elaborada: Constituição como vértice, Regulamentos; as Diretivas da Comunidade Europeia, seguidas das Leis Constitucionais, das Leis Ordinárias, dos Decretos-Leis, dos Decretos-Leis Regionais, Regulamentos e Portarias, sem desprezarmos os costumes, a jurisprudência e até a doutrina.

Disso ressaltai, então, que mesmo sendo o Código Civil a constituição do cidadão comum, será no direito constitucional que deve ser baseada toda a interpretação do direito privado, principalmente nos princípios e valores constitucionais, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um valor supremo da República portuguesa, de obrigatória incidência em todo o ordenamento jurídico, em nome e em respeito ao princípio do primado e da interdisciplinaridade da Constituição. Enquanto criatura, o Código Civil não poderá rebelar-se contra o seu criador, buscando ocupar o seu lugar e sua importância, haja vista estarem em dimensões diferentes, separadas por graus diferenciados de matérias e pelo campo de atuação de cada um.

CAPÍTULO II - Princípios Fundamentais

O tema “princípios fundamentais” tem sido investigado por estudiosos do direito constitucional a partir da década de 1970, com a preocupação de enfatizar os chamados direitos de primeira geração. Contudo, se faz necessária uma reflexão acerca da natureza conceitual dos princípios fundamentais, caso contrário, haverá uma abordagem superficial e inadequada à doutrina do direito civil. Nesse capítulo, pretendemos abordar a dimensão conceitual que envolve os princípios do direito civil, demonstrando a inadequação na utilização do adjetivo “fundamental³⁷”, usado pela Teoria Geral do Direito Civil. Defendemos assim, a ideia de que haja maior rigor técnico-científico no seu uso, a fim de evidenciar a sua apropriação incorreta, tornando claro que a palavra “fundamental³⁸”, utilizada pela teoria geral, a identificar seus princípios, é inadequada. Para melhor entendermos a importância da adequada aplicação do conceito jurídico, necessariamente teremos que enfrentar a possibilidade ou não de haver alguma fundamentalidade nos ditos “princípios do direito civil”.

2.1 Princípios: noções gerais

Princípios são normas estruturantes de um sistema jurídico, os quais funcionam como pilares de sustentação. São geralmente normas de conteúdo gerais, de alcance abrangente, sendo uma cláusula aberta de que dispõe o intérprete, sempre que houver alguma lacuna ou imprecisão no ordenamento jurídico a ser aplicado, capaz de promover insegurança, incerteza ou injustiça.

Como todo fio condutor, assim são os princípios a orientarem o intérprete, eis que pode lançar mão dos mesmos em qualquer situação de incerteza ou de incompletude da norma positivada, harmonizando o próprio sistema jurídico. Por isso, são matizes a indicar sua predominância, quando contrastadas com alguma regra contrária a um valor supremo, de superior hierarquia.

Na Teoria da Constituição, do professor Canotilho³⁹, os princípios são fundamentos de regras, por estarem na base ou constituírem a *ratio* de regras jurídicas, afirmando existirem princípios hermenêuticos e jurídicos. Os primeiros desempenham

³⁷Que tem caráter essencial e determinante; básico, indispensável.

³⁸Que serve de fundamento, de alicerce.

³⁹CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**, 2003, p. 1161.

uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou servem para revelar normas que não estão expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito.

A generalidade, abstração e capacidade de expansão dos princípios, permitem ao intérprete, na maioria das vezes, superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa, superadora do *summum jus, summa iniuria*. Mas, são esses mesmos princípios que funcionam como limites interpretativos máximos, neutralizando o subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas, reduzindo a discricionariedade do aplicador da norma e impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento⁴⁰.

Os princípios pairam e orbitam em uma atmosfera superior e mais rarefeita, pois tendem a orientar um caminho, indicar uma direção ou um sentido. Por isso, eles devem vir agasalhados no seio da Constituição, como ambiente originário, de natural habitat, de onde se irradiarão para todo o sistema jurídico, porque dialogam intensamente com todo o ordenamento jurídico. Será sempre fonte obrigatória de pesquisa. Nessa perspectiva, a interpretação considerará sempre a norma constitucional como ponto de partida, uma vez que deve refletir a ideologia da Constituição, seus valores supremos, postulados básicos e seus fins⁴¹.

Tratando este capítulo de princípios, não se pode deixar de considerar opiniões como as de Alexy e Dworkin, os quais têm teorias próprias, reconhecendo-as como verdadeiras vigas e caminhos a orientar e guiar o intérprete. Os princípios exigem uma realização mais rápida e viva da norma incompleta ou incerta, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, reafirmando a imperatividade dos formais, e a importância de serem aplicados em um juízo de ponderação que possam atribuir maior peso aos princípios formais, tornando mais forte o caráter *prima facie* de suas regras⁴².

Oportuno se falar em princípios formais, a fim de maturar o estudo quanto à observância ou não de uma norma jurídica, eis que eles refletem a ideia de princípios procedimentais. Não incidem sobre padrões de comportamento, mas sobre padrões de validade. Sua principal característica é o fornecimento de razões para a observância de uma norma, independente de seu conteúdo. Estão, pois, intrinsecamente ligados ao

⁴⁰ *Idem - Op. Cit.* p. 160

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e Aplicação da Constituição**, p. 151.

⁴² ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2011, p. 103-104.

conceito de segurança jurídica. Todavia, os princípios necessitam de normatividade, aliás, sem ela sequer podem ostentar tal caráter, porque são normas integrantes do ordenamento jurídico, muito embora, em menor escala, possam decorrer de uma interpretação extensiva. No entanto, em um Estado de Direito, todos os institutos jurídicos submetem-se à Constituição, porque dela são originados. Não são absolutos e nem gozam de soberania, como algo completamente independente e desgarrado da matriz constitucional⁴³.

Os princípios almejam sempre alcançar uma finalidade, para tanto, devem ser interpretados a partir da Constituição, ou seja, parte-se da fonte do ordenamento jurídico para, então, se atingir a legislação periférica ou infraconstitucional, completando-a ou integrando-a. Com isso, preserva-se a proeminência constitucional e a teoria da Constituição como elemento nuclear de qualquer regime democrático.

Consoante essa premissa, os princípios atuam como estímulos à construção de argumentos que possam servir a soluções satisfatórias de casos, sem que estas se reduzam a opções discricionárias, subjetivas do intérprete. No entanto, os princípios, por si sós, não solucionam os casos a que são direcionados. A solução definitiva de casos jurídicos, no Estado de Direito, depende de regras.

2.2) - Características e conceito

Os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível e dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, pois são mandamentos de otimização, ou seja, devem criar situações mais favoráveis para o caso concreto. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras⁴⁴.

Contudo, não desconhecemos que existem duas categorias de normas constitucionais: as normas-princípios e as normas-disposição. Os princípios têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema. De fato, aos princípios cabe, além de uma ação imediata, quando diretamente

⁴³VICTORINO, Fábio Rodrigo. Proporcionalidade e o Princípio Formal da Competência Decisória do Legislador. [Em Linha]. p. 11. [Consult. 28 de dezembro de 2015]. Disponível em <https://br.search.yahoo.com/search?p=Proporcionalidade+e+o+princ%C3%ADpio+formal%2C+Victorino+f%C3%A1bio+rodrigo&ei=UTF-8&fr=moz35>

⁴⁴ALEX Y, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2011, p. 104-105.

aplicáveis a determinada relação jurídica, outra de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do texto constitucional⁴⁵.

A generalidade dos princípios não dispensa a conceituação de maior percepção quanto ao alcance e limites. Assim, a essencialidade dos princípios denota a ideia de mandamento nuclear de um sistema jurídico, como assinala o fragmento a seguir⁴⁶:

"Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico..."

A violação a um princípio consiste em uma agressão sistêmica, um ataque aos pilares do ordenamento jurídico, pois violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma regra. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais⁴⁷.

As regras passam a reafirmar os princípios dirigentes de um sistema, que devem ser aplicadas inexoravelmente, as quais orbitam no mundo da validade, enquanto que os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão. A principal característica dos princípios é a sua generalidade, haja vista não expressarem, *ab initio*, as possibilidades dos mundos físico e normativo. A partir do momento em que os princípios se relacionam com os limites dos mundos fático e normativo, chega-se, então, a um sistema diferenciado de regras. Princípios são, ao contrário, sempre razões e direito *aparente ou à primeira vista*. O caminho que vai do princípio até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Neste sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e Aplicação da Constituição**, p.151-152 e p. 154.

⁴⁶ MELO apud BARROSO, 2003, p. 153

⁴⁷ MELO apud BARROSO, 2003, p. 153.

representa uma razão definitiva para a concretude de uma regra. Em si mesmos, os princípios nunca são razões definitivas; se assim fossem, se confundiriam com regras⁴⁸.

Princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade⁴⁹.

A diferença entre princípios e regras não deixa dúvida que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, ou seja, são responsáveis por criar condições mais favoráveis para o desenvolvimento do ordenamento jurídico, compatíveis com vários graus de concretização, consoante condicionalismos fáticos e jurídicos⁵⁰.

Outras características dos princípios são a essencialidade e irradiação nas normas constitucionais e infraconstitucionais, da divisão deles em três espécies bem distintas, já que, o Direito nunca se esgota nos diplomas e preceitos constantemente publicados e revogados pelos órgãos de poder. Aos princípios calha a peculiaridade de se irradiarem pelo sistema normativo, repercutindo sobre outras normas constitucionais e daí se difundindo para os escalões normativos infraconstitucionais. Nem todos os princípios, no entanto, possuem o mesmo raio de atuação. Eles variam na amplitude de sua aplicação e mesmo na sua influência. Dividem-se, assim, em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais⁵¹.

2.3) - Princípios e regras: conflitos

A discussão acerca de regras é antiga, bem como sua diferenciação dos princípios. O assunto é movediço e de muitas conclusões teóricas, filosóficas e doutrinárias por parte daqueles que buscam uma resposta científica para esta inquietação - regras e princípios - já que, de uma forma simplificada, regras são normas definitivas, em cujo conteúdo há um dever-ser impulsionando a sua concretude.

A integridade do Direito é um sistema aberto, de princípios e regras. Portanto, princípios são normas abertas e que não buscam controlar previamente sua própria aplicação, porque é um sistema interdisciplinar que constantemente dialoga com

⁴⁸ ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2011, p. 108.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**, 2011, p. 36.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**, p. 1161.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2003, p. 154-155.

regras. Conquanto sejam abertos e indeterminados, são, porém, aptos a expandirem-se em situações concretas de aplicação, segundo a sua adequabilidade à unidade e irrepetibilidade das características do caso em tela, em tempos de sua capacidade de regência, sem produzir resíduos de injustiça, em face dos demais princípios⁵².

A respeito dessa diferenciação, tanto regras quanto princípios são normas, porque dizem o que deve ser. Podem ser formulados por meio das expressões deônticas⁵³ básicas do dever, da permissão e da proibição. A distinção entre regras e princípios, é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. As regras são normas que impõem, permitem ou proíbem alguma conduta humana, ou seja, impõem um imperativo categórico, o qual será ou não cumprido⁵⁴.

A convivência entre regras é antagônica, contraditória, porque redundará no campo da validade, por isso, se excluem. Diferentemente, os princípios, por constituírem exigências de otimização ou de condições mais favoráveis que permitem e admitem certa ponderação de valores, devem conviver harmoniosamente entre si e com as regras.

Contudo, uma crítica se faz ao sistema de princípios desenvolvidos por Alexy, haja vista não poder um sistema jurídico ser composto somente de regras ou somente de princípios. Nessa concepção, um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras nos conduziria a um ordenamento jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - legalismo extremado - do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um sistema de segurança, mas não haveria qualquer espaço livre para a sua complementação e desenvolvimento, como ocorre com o constitucional, por ser, necessariamente, um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional⁵⁵.

⁵² CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme - **Os direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito**, 2012, p. 63.

⁵³ Segundo o dicionário Houaiss, poderia ser o conjunto de deveres profissionais de qualquer categoria profissional minuciados em códigos específicos.

⁵⁴ ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2011, p. 87.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**, 2003, p. 1162-1163

De fato, seria impossível admitir a existência de um ordenamento jurídico demasiadamente aberto, no qual não houvesse nenhum limite, nenhuma ordem, nenhum dever, formado somente de direitos. Por outro lado, a vida ou uma sociedade composta só de regras, seria insuportável, tensa e extremamente conflituosa. Da mesma forma, o modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios nos levaria a consequências também inaceitáveis, porque seria a instituição do caos, da anarquia e da desordem do próprio sistema jurídico.

A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do possível fático e jurídico só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. Contudo, os princípios são necessários e até indispensáveis por expressarem valores como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, estado de direito; são exigências da otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos, porque são ou podem ser o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permitem ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional⁵⁶.

Em decorrência, a definitividade das regras tal qual Dworkin afirmava, ou seja, que elas são aplicadas na base do “tudo-ou-nada”, Alexy apenas utiliza nova roupagem de definição, sem muita diferenciação do doutrinador norte-americano, afirmando que regras são normas sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige. Nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma ou é uma regra ou um princípio⁵⁷.

Sobre princípios e regras aplicáveis segundo a teoria dworkiniana - a realidade fática estipulada por uma regra - chega-se à conclusão de sua validade e, neste caso, a reposta que ela fornece deve ser aceita, caso contrário, seria inválida, se assim fosse, em nada contribui para uma decisão. Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se examinarmos o modo de funcionamento das regras, não no Direito, mas em algum empreendimento que elas regem - um jogo, por exemplo.

Assim, o tratamento com regras implica a diferença binária de "validade/invalidade", devendo ser tomada como critério de solução do caso ou afastada

⁵⁶*Idem - Ibidem.*

⁵⁷ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2011, p. 91.

a sua incidência. Portanto, na relação entre duas regras em conflito, apenas uma poderá ser válida e, por conseguinte, servir como padrão jurídico para a decisão do caso. Nessa perspectiva, pertencem ao enunciado completo de uma regra todas as suas exceções, sendo elas teoricamente enumeradas. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e, quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra⁵⁸.

Na verdade, acaba-se por percorrer o mesmo caminho dantes traçado por Kelsen, quanto à validade das normas, com poucas inovações, pois na teoria kelsiana uma norma só é válida ou existente quando tem força obrigatória, quando deve ser feito o que ela dispõe, sendo necessário que ela pertença a um sistema jurídico vigente, como condição essencial de validade, de existência ou de força obrigatória, já que, a única normatividade que existe é uma norma justificada, mormente porque as normas não pertencem ao mundo dos fatos, mas, sim, ao mundo do "dever-ser".

As normas, por outro lado, ou são válidas ou inválidas, mas não têm essa dimensão de peso de que gozam os princípios. Assim, se duas normas/regras entrarem em conflito, apenas uma delas pode ser válida. A norma que teve afastada a sua validade por outra deve ser reformulada para torná-la compatível com aquela outra, e, por evidente, torna-se inaplicável ao caso em concreto, segundo a Teoria Dworkiniana⁵⁹.

Neste sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra, porque desempenha um papel maior ou mais relevante na regulação do comportamento. Todavia, não podemos desconsiderar o sistema de regras quando estas estiverem em conflito. Tal situação exige a proeminência daquela de maior importância, o que redundará no campo da validade. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida.

A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se às considerações que estão além das próprias regras. No entanto, nas situações em que o caso não pode ser solucionado por regras, devem incidir os princípios jurídicos, fundados moralmente como um contraponto ou uma contrarregra a toda e qualquer liberdade ou poder discricionário do juiz. Enquanto os princípios abrem o processo de concretização jurídica, instigando problemas argumentativos, as regras tendem a fechá-los, absolvendo a incerteza que caracteriza o início do procedimento de aplicação normativa⁶⁰.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**, 2011, p. 39.

⁵⁹ HART - Herbert Lionel Adolphus - **O Conceito de Direito**, 2012, p. 337.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**, 2011, p.35-71

Impõe-se às regras o balizamento por princípios, para que se enfrente a alta complexidade dos problemas a serem resolvidos, ou seja, as regras reduzem seletivamente a complexidade por força dos princípios, convertendo-a em complexidade juridicamente estruturada, apta a viabilizar a solução do caso em concreto. Por isso, não podemos superestimar as regras em detrimento dos princípios; ambos devem dialogar harmonicamente, caso contrário, o sistema se tornará excessivamente rígido, enfadonho e fechado para enfrentar problemas sociais complexos. Um não vive sem o outro. Regras e princípios são como irmãs siamesas, inseparáveis por natureza⁶¹.

Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, dando procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa mais desse gênero. Em outras palavras, a especificidade afasta a regra geral ou a norma especial afasta a geral. Mas, nem por isso podemos dizer que uma regra é mais importante que outra, enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflitos, uma suplanta a outra em virtude de uma dispor de maior importância no sistema jurídico. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. Em muitos casos, a distinção é difícil de estabelecer - é possível que não se tenha estabelecido de que maneira o padrão deve funcionar⁶².

Seria mesmo impossível haver conflitos entre regras? Na concepção dworkiniana, as normas são válidas ou não; por conseguinte, a norma que perde em importância e valor para outra deve ser reformulada para torná-la compatível com aquela que lhe destronou ou afastou a sua vigência, portanto, segundo sua teoria, não poderia haver tal conflito, porque a norma de maior valor ou importância afastaria a outra, ou seja, estamos no campo da validade.

Contudo, Hart discorda veementemente dessa posição dworkiana, dizendo não se tratar de nenhum absurdo existir tal conflito, e quando ele acontece, uma regra não revogaria a outra. Assim, uma norma vencida num determinado caso, por conflitar com outra mais importante, pode, como um princípio, sobreviver e continuar vigente, de modo a ser aplicada em outra situação em que for considerada mais importante, quando contrastada em nova questão concreta⁶³.

⁶¹ALEX, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2011, p. 85-109.

⁶²DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**, 2011, p.43.

⁶³HART – H. L. A. – **O conceito de direito**, p. 338.

A possibilidade de colisão entre normas ou regras, no meu pensar, encontra previsão normativa nos termos do art. 335⁶⁴ do Código Civil português, o qual foi pensado para solucionar colisões de direitos, ou melhor, colisões entre regras. A norma portuguesa, de forma clara, admite a colisão entre regras quando adotou o critério da igualdade de direitos ou da mesma natureza (vide item 1) exigindo dos seus titulares uma conduta altruísta, na medida em que busca equilibrar o conflito por meio de uma pequena renúncia dos seus titulares, em quantidades iguais, a fim de proporcionar um bem-estar aos destinatários dos direitos em colisão, sem, contudo, optar pelo modelo do tudo-ou-nada, dworkiano.

No número 2 do art. 335 do CC, a colisão se dá entre direitos desiguais ou de natureza diversas, cuja hipótese o legislador preferiu trilhar o caminho de valores e medidas, enveredando-se pelo terreno movediço da ponderação e da subjetividade do que possa ser considerado direito superior no ordenamento jurídico. Norma por demais aberta e extremamente subjetivista, haja vista o poder excessivamente discricionário, que dela emana.

Finalizando este tópico, podemos responder afirmativamente a primeira problemática aqui entabulada, ou seja, pode haver, sim, conflitos entre regras como reconhecido pelo próprio ordenamento jurídico português.

Quanto à segunda problemática, diz respeito à possibilidade de haver conflito entre regras e princípios. Questão das mais difíceis, porque a doutrina consultada fala apenas de forma indireta e reflexa.

Em relação à possibilidade de haver conflitos entre regras e princípios, segundo a normatividade dos princípios, modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica - previsibilidade e objetividade das condutas - e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto. No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada de valores dentro do universo jurídico. Porém, há nítida distinção entre regras e princípios, merecendo destaque quanto **ao conteúdo**: as regras são relatos

⁶⁴ **ARTIGO 335°**
(Colisão de direitos)

1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.
2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior.

objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados; quanto à **estrutura normativa**, regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta; previsão de um fato - atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas; quanto ao **modo de aplicação**, regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam mediante subsunção; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação⁶⁵.

É de todos conhecido inexistir hierarquia entre regras e princípios, pois os princípios constitucionais incidem sobre o mundo jurídico e sobre a realidade fática de diferentes maneiras. Por vezes, o princípio será fundamento direto de uma decisão. De outras vezes, sua incidência será indireta, condicionando a interpretação de determinada regra ou paralisando sua eficácia. Como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição, embora alguns autores se refiram a uma hierarquia axiológica, devido ao fato de os princípios condicionarem a compreensão das regras e até mesmo, em certas hipóteses, poderem afastar sua incidência⁶⁶.

As regras jurídicas, ao revés, são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão, pois são normas descritivas de comportamentos, havendo menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso, se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também são definitivos⁶⁷.

Chega-se, então, à conclusão de que regra é a lei que declara, cria e extingue direito e obrigação, além de regular comportamentos das pessoas. Por outro lado, os princípios integram, aperfeiçoam e materializam as regras em suas omissões ou injustiças, sempre que estiverem em desacordo com valores supremos de justiça, liberdade, igualdade, havendo nítida valoração do conteúdo ou do núcleo da norma.

⁶⁵BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2013, p. 343-344.

⁶⁶*Idem* - *Op. Cit.* p. 345.

⁶⁷*Idem* - *Op. Cit.* p. 229-230.

Uma regra, mesmo agasalhando a presunção de ser justa, porque regularmente editada – logo, válida - poderá gerar conflitos entre sua finalidade e o seu núcleo de valores, comumente expressado pelos princípios. Podemos elaborar, hipoteticamente, uma regra que restrinja o direito de proprietários gozarem dos frutos de imóvel alugado, sob o fundamento de relevância do princípio da função social da propriedade, revertendo 50% (cinquenta por cento) de um aluguer anual para os cofres públicos, com destinação exclusiva para a construção de casas populares para pessoas carentes, desvalidas e desabrigadas.

Como resolver essa questão? Qual a regra e qual o seu núcleo? A regra é a restrição ao direito de propriedade em um dos seus atributos - gozo -, mesmo sobre um fundamento constitucional principiológico: a função social. O núcleo da regra seria o desvio da finalidade da função social da propriedade. O princípio maior a orbitar a regra seria o próprio direito de propriedade, enquanto direito fundamental.

Creio que este conflito poderia ser resolvido mediante o sopesamento de valores e de importância de que falou Dworkin, pois quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata quando se determina ou decide que um princípio ou uma política de governo é mais importante que outra, sem considerar o impacto da ponderação na vida da comunidade. Não raro, tal questão orbita como objeto da controvérsia: colisão entre valores. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou lhe será atribuído ou quão importante ele vai ser⁶⁸.

Ainda que por via indireta, a superioridade dos princípios sobre as regras se justifica na ciência do direito, formulando juízos sobre o que é devido, o que é proibido e o que é permitido, decidindo o magistrado exatamente sobre isso. A compreensão de que os princípios são razões para as regras e as regras são razões para decisões concretas (normas individuais) tem, à primeira vista, algo de plausível. Ainda assim, a caracterização dos princípios como razões para regras indica um ponto acertado. Nesse sentido, é possível afirmar que se um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto do dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de

⁶⁸DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**, 2011, p. 42-43.

uma regra, que representa uma razão definitiva. Em si mesmo, princípios nunca são razões definitivas⁶⁹.

Quando admitimos a possibilidade do sopesamento mediante o enfrentamento do caso concreto, considerando que todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo-ou-nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Caberá ao intérprete proceder a equilibrada ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não fazer uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso, se diz que princípios são mandamentos de otimização, isto é, responsáveis por criarem condições mais favoráveis para a resolução do caso em concreto. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie*, isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível⁷⁰.

Feitas estas considerações, percebe-se que a distinção entre regras e princípios refere-se ao problema da imprecisão semântica dos textos normativos, na medida em que esta leva à incerteza cognitiva a respeito da norma a ser aplicada. Nessa ótica, percebe-se que os princípios são mais imprecisos do que as regras, de onde ressaí que a natureza dos princípios é mais geral do que a das regras⁷¹.

No plano jurídico, eles funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema, apontando objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça.

Assim, sem nenhuma intenção de enveredar na questão do "justo e do injusto" ou da inconstitucionalidade do caso imaginário que elaboramos, ele apenas serviu como parâmetro para subsidiar a resposta ao nosso questionamento, considerando plenamente respondida, reafirmando a possibilidade de existir conflito entre uma regra e um princípio, ainda que, da conclusão geral, se deduza, por fim, que cairemos na questão da

⁶⁹ ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2011, p.107-108.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2013, p. 231-232.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada**, p. 189-190.

validade ou invalidade da norma contrastada com um princípio de envergadura fundamental, salvo se o conflito fosse entre princípios: propriedade e função social. Enfim, regra é lei que declara, restringe, cria e extingue direito e obrigação, além de regular comportamentos das pessoas. Por outro lado, os princípios integram, aperfeiçoam e materializam as regras em suas omissões e injustiças, sempre que estiverem em desacordo com valores supremos de justiça, liberdade, igualdade, havendo nítida valoração do conteúdo ou do núcleo da norma.

2.4) - Princípios Fundamentais

Fizemos esta breve explanação sobre princípios, suas características generalizantes, sua essencialidade indutora à irradiação nas normas constitucionais e infraconstitucionais, a fim de bem identificarmos a origem e a finalidade integrativa dos princípios no ordenamento jurídico, ressurgindo clara a sua natureza normativa, cuja raiz originária ou embrionária será sempre o texto constitucional. Por isso, é nele que devemos pesquisar a existência de algum princípio fundamental e, se houver, quais serão e quais são as suas peculiaridades e funções.

Analisando a Constituição da República Portuguesa, constatamos que ela regula e especifica os ditos princípios fundamentais, do artigo 1º até ao 11º. A partir do art. 12º já fala em princípios gerais. Os princípios fundamentais são normas nucleares ou normas matrizes a estruturarem, organizarem e a sistematizarem o próprio Estado.

A estrutura e função dos princípios fundamentais visam, essencialmente, definir e caracterizar a coletividade política e o Estado, enumerando as principais opções político-constitucionais. Os princípios fundamentais, nas suas múltiplas dimensões e desenvolvimentos, formam o cerne da Constituição e consubstanciam a sua identidade intrínseca. Eles não são homogêneos quanto ao seu objeto e conteúdo, podendo identificar-se três grupos principais, a saber⁷²:

1) - o primeiro grupo é constituído pelas chamadas **opções políticas fundamentais**, conformadoras da Constituição, abrangendo os arts. 1º, 2º e 9º, os quais definem a identidade política de Portugal e as opções quanto ao sistema político, económico e social, através dos princípios da independência nacional, do Estado Democrático, do Estado de Direito e Social;

⁷²CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada**, p. 189-190.

2) - o segundo grupo é constituído pelos preceitos que definem e caracterizam jurídico-constitucionalmente a coletividade política: a forma de governo republicana, na expressão do art. 1º, e o Estado em que ela se organiza - unitário - alcançando designadamente os arts. 4º (cidadania), 5º (território), 6º (natureza unitário do Estado) e 10º (sufrágio universal e partidos políticos);

3) - o terceiro grupo é composto pelos preceitos que contém princípios fundamentais da ordem jurídico-constitucional, alcançando normas de âmbito desigual, as quais estão materializadas no art. 3º (princípio da constitucionalidade e da legalidade) e no art. 8º (recepção do direito internacional e do direito supranacional europeu na ordem interna), reconhecendo a primazia do direito comunitário, na ordem jurídica nacional.

Os princípios constitucionais conformadores condensam as opções políticas, nucleares, e refletem a ideologia inspiradora da Constituição, também conhecidos como princípios político-constitucionais; eles são o cerne político de uma Constituição. São princípios definidores da forma de Estado; princípios da organização econômica-social, os quais se dividem em subprincípios como, por exemplo, o princípio da subordinação do poder econômico ao poder político democrático, o princípio da coexistência dos diversos setores da propriedade – (público, privado e cooperativo); eles também são conhecidos como definidores da estrutura do Estado. Aqui se define o melhor modelo, entre federação e unitarismo (se unitário, faz-se opção pela descentralização local ou com autonomia local e regional); os princípios estruturantes do regime político escolhem se o Estado será de direito, democrático, republicano, pluralista, considerando e preservando os subprincípios da separação e independência dos poderes e o regime eleitoral⁷³.

Os princípios estruturantes sujeitam-se mutuamente, isto porque as relações de complementaridade, de condicionamento e conjugação entre os princípios fundamentais explicam a necessidade de estabelecer operações de concorrência prática entre eles, porém, a especificidade, o conteúdo, extensão e alcance próprios de cada princípio não exigem nem admitem o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes reclamam a harmonia entre eles, de modo a obter-se a máxima efetividade da Constituição.

⁷³CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2003, p. 1166.

Para o professor Canotilho⁷⁴, os princípios estruturantes seriam as travesmestras, jurídico-constitucionais do estatuto político, adotado pelo Estado. Na ordem constitucional portuguesa, sem qualquer conotação exaustiva, podemos citar como princípios estruturantes ou fundantes do Estado português: 1) - o princípio do Estado de Direito, consoante apregoa o art. 2º da CRP; 2) - princípio democrático, como reconhecido nos arts. 2º, 3/1-2 e 10º; e o princípio republicano, referendado pelos arts. 2º, 11-1, 288-b.

Em decorrência, a forma de organização do poder político, segundo o padrão da separação dos poderes é justificada, em termos de Estado de Direito, como uma forma de limite ao poder soberano, havendo verdadeiro equilíbrio de forças. Por isso, os princípios fundamentais possuem, em regra, duas dimensões bem delimitadas e delineadas: a **dimensão constitutiva**, porque comumente os princípios fundamentais exprimem, indicam e denotam uma compreensão global da ordem constitucional vigente; e a **dimensão declarativa**, geralmente utilizada para designar a soma de outros subprincípios, além de concretizações normativas constitucionalmente previstas.

Em outras palavras, os princípios fundamentais afirmam seus próprios valores, ideias e aspirações com os quais coincidem com a nova organização política instituída por eles, ainda que possa a República portuguesa integrar a rede da interconstitucionalidade formada pelas Constituições da União Europeia, não haverá conflitos, notadamente porque a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia também considera como princípios fundantes a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

Os princípios fundamentais são, historicamente, objetivados e introduzidos na consciência jurídica geral, além de encontrarem uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, o conhecimento e a aplicação do direito positivo. Os conformadores são princípios constitucionais que explicitam valores políticos fundamentais do legislador constituinte, os quais condensam opções políticas fundamentais e refletem a ideologia inspiradora da Constituição. Eles são o cerne político da Constituição. Por outro lado, os princípios-garantias visam a instituir uma garantia aos cidadãos, por conseguinte, ostentam o caráter de autêntica norma jurídica, por isso, extravasam uma força determinante, positiva e negativa⁷⁵

⁷⁴*Idem - Ibidem.*

⁷⁵ MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição**, 2011, p. 298-299.

Pesquisando o Código Civil português, não encontramos nenhuma referência a um feixe selecionado de princípios fundamentais, como prelecionado pela doutrina. Os oito temas que esta elegeu como fundamentais, aparecem como grandes regras distribuídas pelo código de forma compartimentada e separadas por assunto ou matéria. Assim, a matriz do reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade é identificada constitucionalmente no art. 26⁷⁶ da CRP, e vem amiudamente regulado pelos arts. 67-81 do Código Civil, dentre outros esparsos; a **liberdade contratual ou autonomia privada** é decorrente da livre iniciativa de que fala o art. 61 da CRP, regulada pelo art. 405 do Código Civil; a **responsabilidade civil** também tem origem na Constituição, regulada pelo art. 22 c/c art. 271, ao regular a responsabilidade das entidades e agentes públicos, além de vir expressa nos arts. 483-509 do Código Civil; o **princípio da boa-fé** pode ser encontrado no item 2 do art. 276 da CRP e esparsamente entre os artigos 179⁷⁷ (anulação das deliberações da assembleia geral, as quais não prejudicam o terceiro de boa-fé), 243⁷⁸ (simulação: não oponibilidade ao terceiro de boa-fé), 277⁷⁹ (na formação dos contratos deve-se proceder de boa-fé), 1260 (aquisição da posse) 1648⁸⁰ (dos cônjuges no casamento putativo), 2076/2⁸¹ (alienação a favor de

⁷⁶ **Artigo 26.º**

(Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.
2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.
3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.
4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

⁷⁷ **ARTIGO 179º**

(Protecção dos direitos de terceiro)

A anulação das deliberações da assembleia não prejudica os direitos que terceiro de boa fé haja adquirido em execução das deliberações anuladas.

⁷⁸ **ARTIGO 243º**

(Inoponibilidade da simulação a terceiros de boa fé)

1. A nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa fé.
2. A boa fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos.
3. Considera-se sempre de má fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registro da acção de simulação, quando a este haja lugar.

⁷⁹ **ARTIGO 227º**

(Culpa na formação dos contratos)

1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

⁸⁰ **ARTIGO 1648º**

(Boa fé)

terceiro de boa-fé), 2077/1⁸²(Cumprimento de legados feitos de boa-fé); a **concessão de personalidade às pessoas coletivas** tem sua matriz na CRP, em seu art. 12/2⁸³ e vem regulada pelo Código Civil nos artigos 33 (lei pessoal da pessoa coletiva onde se encontra a sede principal), 34 (pessoas coletivas internacionais), 158-160 (aquisição da personalidade), 159 (sede da pessoa coletiva), 162 (órgãos administrativos da sociedade), 163 (representação da pessoa coletiva), 165 (da responsabilidade civil da pessoa coletiva), 318/d (suspensão da prescrição da pessoa coletiva e dos seus administradores enquanto nesta condição); **propriedade privada** vem referenciada no art. 62⁸⁴, 82/1-3⁸⁵ e 47⁸⁶, todos da CRP e em vários artigos do Código Civil, tais como 1316-1317 (aquisição da propriedade privada), 1311-1315 (defesa da propriedade), 1308-1310 (expropriações), 1302-1310 (da propriedade em geral), dentre muitos outros; **a relevância jurídica da família** mereceu especial atenção da CRP, pois esta tutela o Direito de Família entre os arts. 36, 67-69. Já o Código Civil regulou a matéria a partir

1. Considera-se de boa fé o cônjuge que tiver contraído o casamento na ignorância desculpável do vício causador da nulidade ou anulabilidade, ou cuja declaração de vontade tenha sido extorquida por coacção física ou moral.

2. É da exclusiva competência dos tribunais do Estado o conhecimento judicial da boa fé.

3. A boa fé dos cônjuges presume-se.

⁸¹**ARTIGO 2076º**

(Alienação a favor de terceiro)

2. A acção não procede, porém, contra terceiro que haja adquirido do herdeiro aparente, por título oneroso e de boa fé, bens determinados ou quaisquer direitos sobre eles; neste caso, estando também de boa fé, o alienante é apenas responsável segundo as regras do enriquecimento sem causa.

⁸²**ARTIGO 2077º**

(Cumprimento de legados)

1. Se o testamento for declarado nulo ou anulado depois do cumprimento delegados feito em boa fé, fica o suposto herdeiro quite para com o verdadeiro herdeiro entregando-lhe o remanescente da herança, sem prejuízo do direito deste último contra o legatário.

⁸³**Artigo 12.º**

(Princípio da universalidade)

2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.

⁸⁴**Artigo 62.º**

(Direito de propriedade privada)

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indenização.

⁸⁵**Artigo 82.º**

(Sectores de propriedade dos meios de produção)

1. É garantida a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção.

3. O sector privado é constituído pelos meios de produção cuja propriedade ou gestão pertence a pessoas singulares ou colectivas privadas, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

⁸⁶**Artigo 47.º**

(Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública)

1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade.

2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.

do art. 1576-2020; **o fenômeno sucessório** não foi esquecido pela CRP, pois refere-se ao mesmo no seu art. 62/1⁸⁷. O CC regulamenta pormenorizadamente, a partir do art. 2024-2334.

Mergulhando um pouco mais no Código Civil português, encontro algumas referências aos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português, como se vê no art. 22/1⁸⁸ c/c art. 1651/2, porém, o Código Civil não os especifica porque, em regra, são conceitos indeterminados e abertos. Mas, a doutrina, no direito internacional privado, geralmente engloba a ordem pública com um feixe de princípios, quais sejam: os valores sociais, morais, culturais e econômicos de uma sociedade, que se mantêm coesos, embora eles possam ser diferentes em cada comunidade.

A lei de ordem pública seria aquela que coincide com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no direito privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade. Essa ideia geral, contudo, não é nada fácil determinar, taxativamente, os interesses essenciais do Estado e da coletividade, porquanto variáveis em função até do regime político dominante⁸⁹.

Por outro lado, os pilares da ordem econômica e moral de determinada sociedade, geralmente são em números reduzidos, por isso, usa-se a técnica do conceito aberto e indeterminado para não asfixiá-lo. Mas, quando se considera apenas os princípios fundamentais da ordem pública, limitar-se-ia, demasiadamente, o seu conceito.

Dessa forma, recorre-se ao expediente da enumeração exemplificativa, classificando-a em leis que consagram ou salvaguardam os princípios da liberdade e da igualdade dos cidadãos, e, particularmente, as que estabelecem os princípios da liberdade de trabalho, do comércio e da indústria; as leis relativas a certos princípios de responsabilidade civil ou a certas responsabilidades determinadas; as leis que asseguram

⁸⁷Artigo 62.º

(Direito de propriedade privada)

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

⁸⁸ARTIGO 22º

(Ordem pública)

1. Não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português.

⁸⁹GOMES, Orlando - *Contratos*, p. 32-33.

aos operários proteção especial; as leis sobre o estado e capacidade das pessoas e sobre o estado civil; certos princípios básicos do direito hereditário, como os relativos à legítima e o que proíbe os pactos sobre sucessão futura; as leis relativas à composição do domínio público; os princípios fundamentais do direito de propriedade; as leis monetárias; e a proibição ao anatocismo. Por isso, as leis de ordem pública, não raro, são coativas, imperativas ou proibitivas, uma vez que não podem ser derogadas pela vontade das partes⁹⁰.

Por conseguinte, os princípios fundamentais, por evidente, decorrem da Constituição, dos Tratados Internacionais e dos Direitos Fundamentais, porquanto, a ordem pública obsta o emprego do direito estrangeiro, quando este a contrariar, sendo uma verdadeira cláusula de reserva de valores assentada no direito interno de cada país, portanto, em nada se compara com aqueles outros tratados pela Teoria Geral do Direito Civil.

No Brasil, dividem-se os princípios em fundamentais, gerais, setoriais e especiais. Os fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado, expressando a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, constituindo o núcleo imodificável do sistema, servindo como verdadeiros limites materiais de emenda. Constituem a síntese ou matriz de todas as demais normas constitucionais, como aquelas que podem ser direta ou indiretamente reconduzidas. São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado, correspondendo ao que referimos anteriormente como princípios constitucionais de organização⁹¹. Neles se substanciam a opção entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático, separação de poderes etc, como se vê nos arts. 1º a 4º c/c art. 2º do ADCT da CRFB. Sua superação exige um novo momento constituinte originário. Nada obstante, esses princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional⁹².

Importante fazermos breve referência aos princípios constitucionais gerais, porque servirão de aporte para bem delimitarmos as funções e utilidades, diferenciando-os dos ditos fundamentais, mesmo que não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importantes especificações dos princípios

⁹⁰ *Idem - Ibidem.*

⁹¹ Como os que definem a forma de Estado, o regime e o sistema de governo.

⁹² BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2003, p. 155-160.

fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. São princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como princípios definidores de direitos⁹³.

São exemplificados pelo princípio da legalidade, da isonomia, do juiz natural, da liberdade, da isonomia, autonomia estadual e municipal, acesso ao Judiciário, segurança jurídica e do devido processo legal. Os princípios gerais se diferenciam dos fundamentais na medida em que eles não têm caráter organizatório do Estado, mas sim limitativo de seu poder, resguardando desde logo situações individuais. Seu conteúdo tem menos de decisão política e mais de valoração ética e jurídica, embora, de certa forma, não deixem de ser meros desdobramentos daquelas opções políticas fundamentais. Canotilho se refere a eles como princípios-garantia⁹⁴.

A Teoria da Constituição, de Gomes Canotilho⁹⁵, também não dissente muito da doutrina brasileira quanto ao conteúdo dos princípios-garantias, pois o doutrinador lusitano nos ensina que tais princípios visam a instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos ou objetivam assegurar um status jurídico-material para estes, especialmente na esfera dos direitos fundamentais. De outra banda, tem sido atribuído aos princípios gerais densidade de autêntica norma jurídica, de força vinculante, positiva e negativa, a qual, a título de exemplos, podemos citar os princípios de *nullum crimen sine lege e de nulla poena sine lege* (vide art. 29 da CRP), o princípio do juiz natural (vide art. 32-7 da CRP) e os princípios de *non bis in idem e in dubio pro reo* (vide art. 29-4 e art. 32-2 da CRP).

Apresentadas as noções gerais, as características e o conceito de princípios, bem como a diferença entre regras e princípios e seus conflitos, resta evidente que princípio é um caminho a trilhar ou uma finalidade a ser alcançada, ostentando ele a estrutura de norma, porém, desprovida de sanção ou estatuição, carregando em suas entranhas apenas uma previsão suficientemente capaz de orientar, guiar e de irradiar sua força por todo ordenamento jurídico, proporcionando à Constituição ou lei maior efetividade.

Chegamos, destarte, no limite fronteiro de nossa pesquisa, com a descoberta de que os princípios fundamentais são normas de organização do Estado e os ditos

⁹³ Cujas finalidades precípua é estabelecer direitos, resguardar situações jurídicas individuais, como os que asseguram o acesso à Justiça, o devido processo legal, a irretroatividade das leis, da segurança jurídica, da legalidade etc.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2003, p. 155-160.

⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**, 2003, p. 1167.

princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português, não raro, são leis de conceito aberto e indeterminado, porém, coativas, imperativas ou proibitivas, uma vez que não podem ser derogadas pela vontade das partes, as quais, se contrariadas por normas estrangeiras, estas não adentrarão no ordenamento interno, porque são inconciliáveis com os princípios fundamentais adotados pelo Estado, e em tudo se contradizem aos ditos princípios fundamentais do direito civil.

Feitas estas considerações, resta evidente que os princípios fundamentais do direito civil não expressam uma ideologia política do próprio código, sequer podem ser considerados como "princípios-garantias", visto que, essa não foi a vontade do legislador, ao contrário, optou por elaborar grandes regras interdisciplinares que dialogam com todo o ordenamento jurídico. Logo, não ostentam a qualidade especial de fundamentais. Resta-nos, então, continuar investigando se eles - princípios fundamentais do direito civil - possuem alguma fundamentalidade. Para tanto, abordaremos, no próximo item, a possível relação dos direitos de personalidades com os direitos fundamentais, pesquisando suas características mais marcantes.

2.5) - Características dos direitos fundamentais de personalidade

A consagração dos direitos fundamentais pressupõe a exigência moral, universal e abstrata do reconhecimento à vida, igualdade e liberdade como direitos e valores inerentes a todos os indivíduos. Hodiernamente, denominamos “direitos humanos de primeira geração”, os quais autores modernos conseguiram impor nova denominação para a antiga expressão - direito natural⁹⁶.

A Constituição portuguesa, em seu art. 12º⁹⁷, reconhece e consagra o princípio da universalidade dos direitos fundamentais, sendo uma de suas características mais marcantes, com especial viés à dignidade da pessoa humana, a qual é traduzida pelo direito constitucional português como igualdade de todos perante a lei, (vide art. 13º⁹⁸ da CRP). Em coerência com sua estrutura, a mesma Constituição também vai além e estende a possibilidade das pessoas jurídicas serem alcançadas pelos direitos

⁹⁶CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme - **Os direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito**, 2012, p 91-92.

⁹⁷ [Artigo 12.º](#)

[\(Princípio da universalidade\)](#)

1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.

⁹⁸ [Artigo 13.º](#)

[\(Princípio da igualdade\) Jurídica](#)

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

fundamentais, com especial viés para proteção do nome empresarial, consoante dispõe o seu art. 12/2⁹⁹.

Não é de se estranhar que os direitos fundamentais possuam características próprias e muito peculiares, como a sua historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Por isso, possuem os direitos fundamentais regime próprio, estruturados nos princípios da universalidade e igualdade, no acesso ao direito e na garantia da tutela jurisdicional efetiva, certo de que são inseparáveis de uma ideia, de um valor, de um superprincípio, a saber: dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, porque, em regra, são exercitados contra o Estado e eles têm uma incidência publicística imediata, isto por serem autoaplicáveis, vinculando órgãos públicos e entidades privadas. Eles pertencem ao domínio do Direito Público, razão pela qual não há direitos fundamentais sem Estado que os respeitem e que os protejam. De outra banda, não há direitos fundamentais em Estado totalitário. Por excelência, são identificados como direitos inerentes ao homem, enquanto criatura humana pensante, consciente e inteligente. Notadamente, são reconhecidos como "gerações de direitos", mundialmente aceitas. Geralmente, são direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança, a resistência à opressão, à fraternidade e ligados à democracia, à informação, ao pluralismo, à integração etc¹⁰⁰.

O jus naturalismo defendia a ideia de que o homem traria consigo alguns direitos inatos à sua personalidade como o direito de existência, de liberdade, de associação, de apropriação e de defesa, os quais seriam irrenunciáveis. Valores como a vida, liberdade e dignidade não podem ser renunciados pelo titular desses direitos. Disso, tornou-se evidente que os direitos de personalidade carregam algumas características próprias, as quais lhe são inerentes.

Desta forma, podemos afirmar, então, que os direitos de personalidade são **absolutos**, porque o seu titular poderá impô-los contra qualquer pessoal, porque oponíveis **erga omnes**; são **imprescritíveis**, ou seja, não se extinguem em consequência da omissão do titular; e, por fim, **indisponíveis**, porque são: intransmissíveis – não podem ser cedidos e nem objeto de sucessão; irrenunciáveis, visto que, o seu titular poderá até deixar de exercitá-los, mas não será admitida renúncia ao direito;

⁹⁹ Art. 12/2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.

¹⁰⁰ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. **Direitos Fundamentais**, 2008, p. 9-69.

escassamente restringíveis por meio do negócio jurídico, consoante art. 81/1 do c/c art. 80-2 do CC¹⁰¹.

Assim, a tutela da personalidade humana tem uma vertente objetiva e outra subjetiva. A primeira impõe a todos um dever de respeitar a dignidade de cada indivíduo, inclusive do seu titular, porque traz em si um dever jurídico, cujo garante é o Estado, responsável pelo implemento e cumprimento da Lei e do Direito, sempre que tomar conhecimento de sua violação. O **direito objetivo** de personalidade é indisponível e situa-se no campo da heteronomia; o **direito subjetivo**, ao contrário, o seu titular pode dispor porque afeto ao campo da autonomia privada. Na tutela subjetiva, não se trata de um dever geral de respeito, mas sim de um direito de que dispõe o seu titular de defender sua personalidade da melhor forma possível, e no tempo que achar razoável de exigir o seu respeito. É verdade que a lei e a doutrina referem-se usualmente apenas a um direito subjetivo geral de personalidade e a vários direitos subjetivos especiais de personalidade¹⁰².

Todavia, também encontramos doutrinadores como António Menezes Cordeiro e Carlos Alberto da Mota Pinto afirmando que os direitos de personalidade ostentam as características de direitos subjetivos, privados, universais, absolutos, não-patrimoniais, inatos, perpétuos e indisponíveis.

2.6) - Direito de personalidade e sua relação com os direitos fundamentais

Dentre alguns dos "princípios fundamentais do direito civil", os direitos de personalidade têm assento constitucional expresso. Por isso, entendemos pertinente fazer breve estudo sobre os seus reflexos, nos direitos fundamentais, para, então, responder a mais uma problemática: **seriam os direitos de personalidade um autêntico direito fundamental do homem ou simplesmente apenas dispõem de alguma fundamentalidade?**

A resposta para esta problemática pode interferir na conclusão deste trabalho, isto porque, se chegarmos à conclusão de se tratar de autêntico direito fundamental, então, haverá sim alguma fundamentalidade nos ditos princípios fundamentais do direito civil.

Sabemos que os direitos de personalidade traduzem, no essencial, direitos subjetivos que recaem sobre bens personalíssimos e projetam a própria personalidade

¹⁰¹ASCENSÃO, José de Oliveira - **A pessoa como fundamento da personalidade jurídica**, p. 77-78.

¹⁰²VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 38-42.

humana. Tratam-se, conseqüentemente, de direitos pessoais, que podem ter por objetos bens tão díspares como o direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem, à intimidade, à liberdade, à privacidade, ao nome etc. Também são tidos por personalíssimos, porque intransmissíveis e absolutos, devendo ser respeitados por todos, independentemente de qualquer relação jurídica, além de carregarem um inconfundível e indispensável teor ético.

Assim, os direitos de personalidade distinguem-se de situações de vantagens afins, diferentemente dos direitos fundamentais, dos direitos ordinários, dos direitos do homem, dos direitos pessoais, visto que, a origem dos direitos civis de personalidade remonta ao antigo direito grego-romano, enquanto os direitos fundamentais tutelares de bens da personalidade são figuras jurídicas modernas. No entanto, todos os direitos fundamentais tutelares da personalidade são universais, na medida em que basta a qualidade de pessoa para que sejam atribuídos ao seu titular. Outra diferença, a fonte imediata dos direitos de personalidade é, inegavelmente, o Código Civil, e não a Constituição. Por conseguinte, os direitos de personalidade inserem-se no Direito Privado e os direitos fundamentais, no campo do Direito Público¹⁰³.

O direito público constitui e organiza o Estado e outros entes públicos, regula sua atividade em posição de supremacia - *jus imperii* - enquanto o direito privado regula as situações envolvendo sujeitos em oposição de paridade. Todavia, tanto o direito privado não pode ser considerado o direito dos egoístas e individualistas, quanto o direito público não pode ser considerado o direito de forças de dominação, ou opressora, sendo ambos indispensáveis e complementares entre si, como integrantes de um mesmo sistema jurídico, dando unidade e equilíbrio à ordem jurídica¹⁰⁴.

Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder; já os direitos de personalidade pressupõem relações de igualdade, quer dizer, não há supremacia de uma vontade de seu titular sobre terceiro, porque ambos são detentores dos mesmos direitos, já que, entre iguais, as relações jurídicas privadas são regidas pelos princípios da autonomia e da liberdade, que não devem ser afastados pela aplicação direta das normas de direitos fundamentais¹⁰⁵.

Mesmo que os enunciados normativos sejam idênticos, as normas de direito civil e de direito constitucional jamais terão o mesmo conteúdo, porque regulam situações

¹⁰³MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato - **Direitos a Personalidade**, p. 26-27.

¹⁰⁴*Idem* – Op. Cit. p. 27-28.

¹⁰⁵*Idem* – Op. Cit. p. 35-40.

jurídicas diversas. Os direitos fundamentais pertencem ao direito constitucional, já os direitos de personalidade, ao direito civil. Todavia, entre particulares, as relações jurídicas são regidas pelos princípios da autonomia e da liberdade. Por outro lado, a tutela estatal dos direitos fundamentais, passa a impor a terceiros um dever de respeito por suas regras e normas constitucionais, em face de sua autoridade fundamentalista. Nesse viés, merece destaque que a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, conhecida como eficácia horizontal ou perante terceiros – segundo a doutrina alemã – não fora ignorada pelo ordenamento jurídico português, visto que a CRP faz expressa referência a ela, em seu art. 18/1, a qual vincula os entes públicos e privados aos direitos, liberdades e garantias. Assim, em homenagem à unidade da ordem jurídica, tem-se admitido que alguns ou todos os direitos de personalidade sejam qualificados como direitos fundamentais, o que viabiliza estarem contidos naqueloutros¹⁰⁶.

Os direitos fundamentais foram pensados, criados e concebidos, tradicionalmente, com a finalidade de tutelar os direitos das pessoas na esfera privada, erigidos contra ingerências do poder público - trata-se de direitos dos indivíduos em face do Estado. Os direitos de personalidade, pelo contrário, atendendo ao seu profundo conteúdo ético, não se restringem às relações de natureza vertical, eis que eles se impõem a todos os níveis e em todas as direções, inclusive nas relações de direito privado, como determina o art. 18/1 da CRP.

Os direitos fundamentais são os que se mostram formalmente contemplados na Constituição. Estão eles inseridos no elenco dos direitos, liberdades e garantias, nos direitos económicos, sociais e culturais, atualmente descritos nos Títulos II e III, Parte I, da CRP, a partir do artigo 12.

Por outro lado, não obstante a eficácia civil dos direitos fundamentais, a origem dos mesmos é diversa dos direitos de personalidade. Os direitos fundamentais são situações jurídicas das pessoas perante os poderes públicos, consagradas na Constituição. Visam a proteger poderes e esferas de liberdade das pessoas, na sua relação com o Estado, por meio de impedimentos de ingerências, da imposição de deveres, de proteção e da configuração da própria ordem jurídica. Na especificidade, assegura-se essa proteção também a alguns bens de personalidade.

¹⁰⁶*Idem – Op. Cit.* p. 26, 32-39.

A Constituição portuguesa não apenas preordenou todo o ordenamento jurídico-constitucional no que diz respeito ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, tendo alargado a constitucionalização dos direitos de personalidade. No entanto, nem todos os direitos de personalidade constituem direitos fundamentais e, da mesma forma, nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade, muito embora, tanto estes quanto aqueles são **não-patrimoniais**, perpétuos e indisponíveis, porém, vale ressaltar que os direitos de personalidade assumem a posição de direitos de defesa, porém, os direitos fundamentais não são absolutos, embora, tradicionalmente se opõem ao Estado¹⁰⁷.

A equivalência entre direitos fundamentais e direitos de personalidade decorre de um confronto entre ambos, porque são ramificações tanto da Constituição quanto do Código Civil, destarte, não há equivalência entre direitos fundamentais e direitos de personalidade. As preocupações de abordagem são diferentes no direito constitucional, o qual tende a organizar e tutelar o Estado. Dentro dos direitos fundamentais surge, na Constituição portuguesa, uma categoria nuclear, constituída pelos direitos, liberdades e garantias, regulados nos arts. 24 e seguintes. É verdade que não se pode, hoje, dizer que a disciplina constitucional dos direitos fundamentais se limite a reger relação cidadão-Estado. Vai bem mais além, abrangendo domínios e fronteiras mais afastadas, cuja fonte se encontra na expressão do art. 18/1¹⁰⁸ CRP, ao estabelecer a aplicação direta dos direitos, liberdades e garantias e a vinculação deles às entidades públicas e privadas¹⁰⁹.

Mas, há semelhanças entre ambos, pois tanto os direitos fundamentais como os direitos de personalidades são **não-patrimoniais, perpétuos e indisponíveis**. Por outro lado, eles se diferenciam e se distanciam porque os direitos fundamentais não são subjetivos, privados, inatos e absolutos; nisto a doutrina não dissente. Mas, são muitos os direitos fundamentais com objetos diferentes dos bens de personalidade, tais como os direitos processuais, políticos, dos trabalhadores, econômicos, sociais, culturais, ainda que se confundam com direitos pessoais, muito embora a maioria dos direitos pessoais não seja direito de personalidade. Por isso, os direitos de personalidade são tratados pelo direito privado, o qual regula as relações entre particulares. Em outras palavras: os direitos de personalidade são concebidos pelo direito civil para as relações entre

¹⁰⁷ *Idem – Op. Cit.* p. 31-35.

¹⁰⁸ **Artigo 18.º**

(Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

¹⁰⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira - **A pessoa como fundamento da personalidade jurídica**, p. 61-62.

particulares e o Estado, embora uns e outros possam vincular sujeitos diversos conforme sua posição de paridade ou supremacia. As normas de direito civil e constitucional jamais terão o mesmo conteúdo, por regularem situações jurídicas diversas¹¹⁰.

No direito português, os direitos das pessoas estão catalogados na Constituição e no Código Civil, porém, em tonalidades distintas. Na Constituição, encontramos os direitos e deveres fundamentais, a partir do art. 12º; o art. 16º não exclui outros direitos fundamentais porventura previstos em leis: o art. 18º torna os direitos fundamentais autoaplicáveis, além de possibilitar determinada redução mínima dos direitos fundamentais; e o art. 26º lista alguns direitos pessoais ali constitucionalmente reconhecidos como a identidade pessoal, a capacidade civil, a cidadania, o bom nome e reputação, a imagem e a reserva da intimidade, da vida privada e familiar.

Disso ressaí, então, a certeza de que a Constituição ressalta, tão somente, o núcleo duro desses direitos fundamentais, deixando ao largo a especificidade e outras matérias próprias do direito civil, como a tutela dos direitos de personalidade. Contudo, os mais importantes direitos de personalidade como o direito à vida, à liberdade pessoal e à liberdade de locomoção estão regulados pela Constituição, razão pela qual podemos classificar os direitos, liberdades e garantias em¹¹¹:

- a) - pessoais;
- b) - de participação política;
- c) - dos trabalhadores.

Por conseguinte, percebemos claramente que existe um catálogo aberto de direitos fundamentais de personalidade. Isso nos leva a questionar se quaisquer direitos de personalidade constantes das leis ordinárias devam ser considerados direitos fundamentais. A resposta não pode ser uniforme. Justamente porque a preocupação constitucional é diferente e mais restritiva que a das leis ordinárias. Diremos que se faz necessário examinar cada caso, cada particularidade e natureza. Estabelece-se ainda um regime comum desses direitos, isto porque a maioria deles encontra-se regulada pela Constituição. Quanto aos restantes direitos fundamentais - **ditos de natureza análoga** - são por sua vez divididos em direitos (e deveres) econômicos, sociais e culturais¹¹².

Pela pressão de interesses imediatistas, o regime dos direitos, liberdades e garantias vai sendo, sucessivamente, estendido nos restantes direitos fundamentais,

¹¹⁰MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato - **Direitos da Personalidade**, p. 32-35.

¹¹¹ASCENSÃO, José de Oliveira - **A pessoa como fundamento da personalidade jurídica**, p. 84-86.

¹¹²*Idem* - *Op. Cit.* p. 85-86.

atribuindo àqueles a mesma natureza destes. Proclamar novos direitos sai de graça, no entanto, efetivá-los tem sido o grande desafio da dita sociedade moderna. Mas, tem-se observado que a proclamação generalizada dos direitos do homem coincidiu, no tempo, com o processo do esvaziamento do seu conteúdo, generalizando-os e vulgarizando-os. Esses direitos fundamentais, não constitucionalmente previstos, podem ter natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias pessoais. Por isso, operou a extensão do regime, constante do art. 17¹¹³ da CRP. Todavia, a Constituição não os assenta num *numerus clausus* e acaba por admitir novos direitos, constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, consoante se vê no art. 16/1¹¹⁴.

Ao estudarmos o direito de personalidade em si, independentemente de preocupações de sua carga ética, do seu conteúdo ou de outra ordem, concluímos que o estudo paradigmático da matéria cabe necessariamente ao direito civil, ou mais especificamente à Teoria Geral do Direito Civil, enquanto berço natural e originário do direito de personalidade, pois é o seu hábitat¹¹⁵. Disso se pode concluir, então, que os direitos de personalidade, enquanto subjetivos, são regras e não princípios, fato a contrastar com o modelo constitucional. Destarte, não se deve ceder à tentação de qualificar tais regras como princípios¹¹⁶.

Feita estas considerações preliminares, chegamos ao fim de nossa investigação, deduzindo que o direito de personalidade está afeto à Teoria Geral do Direito Civil português, principalmente pelo que prelecionou o professor JORGE MIRANDA¹¹⁷, colocando uma pá de cal sobre o assunto, tornando pouco promissora alguma ideia de fundamentalidade dos direitos de personalidade, deixando entrever o seu convencimento com clareza solar, verbis:

"Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre particulares (como prevê o art. 18ª, nº 1, a ser estudado a seu tempo); os direitos de personalidade uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos

¹¹³ Artigo 17.º

(Regime dos direitos, liberdades e garantias)

O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

¹¹⁴ASCENSÃO, José de Oliveira - **A pessoa como fundamento da personalidade jurídica**, p. 62-86.

¹¹⁵*Idem* – *Op. Cit.* p. 62.

¹¹⁶MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato - **Direitos da Personalidade**, p. 50.

¹¹⁷MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. **Direitos Fundamentais**, p.69.

fundamentais pertencem ao domínio do Direito Constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito Civil".

Por isso, a nossa resposta é negativa: os direitos de personalidade não são autênticos direitos fundamentais, embora possam possuir uma natureza dúplice: de direito fundamental e de direito privado, porque, ao estudarmos o direito de personalidade em si, independentemente de preocupações com sua carga ética, do seu conteúdo ou de outra ordem, concluímos que o estudo paradigmático da matéria cabe necessariamente ao direito civil, enquanto berço natural e originário do direito privado e, em especial, do direito de personalidade, pois é o seu hábitat, o que exclui dele alguma fundamentalidade.

Finalizado este capítulo, resta-nos enveredar pelo campo dos princípios gerais do direito, a fim de buscarmos uma adequação para nossa problemática. Investigaremos, pois, o conceito, a função e alcance dos princípios gerais de direito, com o firme propósito de contribuirmos para um acréscimo ou melhoramento da teoria geral do direito civil.

CAPÍTULO III - Princípios Gerais do Direito

Muito embora o Código Civil não faça nenhuma referência expressa aos princípios gerais do direito, seja quando fala das fontes do direito em seu art. 1º, seja na omissão da lei, porém, mesmo assim, o julgador não pode se eximir de proferir decisão, nas hipóteses de interpretações e nas lacunas da lei, de que falam o art. 9º e art. 10. Contudo, isto não significa dizer que os princípios gerais do direito não existem no ordenamento jurídico português, notadamente porque certos princípios são expressos. Todavia, outros são reconhecidos pela jurisprudência e, por fim, eles podem estar implicitamente no ordenamento jurídico.

Historicamente, encontramos-os na obra dos juristas romanos, nas "*responsa prudentium*" que alicerçaram princípios estruturais do sistema. Por isso, os princípios gerais do direito acompanharam a evolução da sociedade desde o antigo direito romano, entre os anos de 284 a 568 d.c., pois eles integravam o ordenamento jurídico daquela época, conforme as regras "*as leges*", criadas pelo imperador, como, por exemplo, temos: *honeste vivere* (viver honestamente); *alterum non laedere* (não lesar a ninguém); e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe pertence); *summum ius, suma iniuria* (muito direito, muita injustiça). Os princípios gerais do direito, então consagrados pelo direito romano daquela época, acompanham, até os dias de hoje, os ordenamentos jurídicos de países civilizados¹¹⁸.

Os princípios gerais do direito constituem, assim, uma poderosa fonte de inspiração para os aplicadores do direito. Ainda que não previstos expressamente no ordenamento jurídico, eles serão avocados sempre que a lei não conseguir dar uma solução adequada para determinado litígio. É verdade que antes de se lançar mão dos princípios gerais do direito, a lei aponta ao jurista, advogado e magistrado um caminho preferencial. Com isso, nos casos omissos, a lei determina ao intérprete que chame à colação a analogia, os costumes e, por fim, os princípios gerais do direito, nessa ordem.

A lei da boa razão, de 18 de agosto de 1769, já autorizava o suprimento de lacunas do ordenamento jurídico por meio das verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis que a ética dos romanos havia estabelecido e que os direitos divinos e humanos formalizaram para servirem de regras morais e civis entre o Cristianismo, bem

¹¹⁸ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, 2014, p. 21

como aquilo que, de unânime consentimento, estabeleceu o direito das gentes para direção e governo de todas as nações civilizadas. Em seu § 4º, declarou que a boa razão constituía o espírito das leis. De outra banda, o seu § 9º declarava que a boa razão consistia nos princípios gerais da ética, nas regras universais do direito das gentes¹¹⁹.

O Código Civil português, de 1867, também fazia expressa referência a eles em seu art. 16¹²⁰. Já o Código Civil vigente, em seu art. 10-3, embora não faça expressa referência aos princípios gerais do direito, não foge à regra das nações civilizadas, visto que, em sua parte final, autoriza o intérprete, na falta de caso análogo, resolver a situação segundo a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar, dentro do espírito do sistema. O Código Civil português não receou transferir aos juízes tamanha responsabilidade, que lhes permitirá resolver as lacunas da lei, embora não lhe reconheça a liberdade de decidir ao livre arbítrio e arbitrariamente.

O juiz deverá procurar a solução mais justa ao caso concreto, ou seja, a melhor decisão que se integre no sistema ou na totalidade do direito interno, adotando a ideia de que, se legislador fosse, consagraria, em princípio, a solução mais acertada que caberia dentro da lei, porque, assim fazendo, estaria legislando dentro do espírito do sistema, como determina o art. 10-3 do CC, sem violar o cerne da ordem jurídica estabelecida.

Portanto, me parece evidente que, em situações tais, os princípios gerais do direito integrarão o sistema jurídico português implicitamente, podendo ser avocados pelo magistrado para criar a norma, a fim de inspirar a legislação e a jurisprudência a seguirem em caminhos até então desconhecidos, desde que não ofendam o espírito do sistema, ante a indução do legislador para que o intérprete busque descobrir a regra-geral a ser adotada em determinados casos, quando a lei for insuficiente, mas, dentro do próprio sistema jurídico.

A jurisprudência portuguesa é pródiga no uso dos princípios gerais do direito, notadamente no direito laboral, administrativo, penal e no próprio Direito Civil. É o que constato nos acórdãos do STJ/4ª Seção, n. 5384/15.3T8GMR.G1.S1, de 22 de fevereiro de 2017; STJ/4ª Seção, n. 1530/04.0TTCBR.C1.S1, de 06 de junho de 2011; STJ/1ª Seção 2016/05.1TVLSB.L1.S1, de 08 de fevereiro de 2011; STJ n. 02A650, de 14 de maio de 2002; STJ/ JSTJ000, n. 07B3812, de 22 de novembro de 2007; STJ/1ª Seção n.

¹¹⁹ CUNHA, Sérgio Sérulo da - **Princípios Constitucionais**, p. 78-79.

¹²⁰ Art. 16 - Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso. In LEAL, António da Silva - **Noções Fundamentais de Direito Privado**, p. 27.

698/09.4YRLSB.S1, de 09 de março de 2010. Ressalte-se ainda que o STJ/4ª Seção, no acórdão n.443/06.6TTGDM.P21.S1, de 11 de julho de 2012, reconheceu e aplicou como princípio geral do direito “a boa-fé”. Portanto, inexoravelmente, os princípios gerais do direito têm vida e são reconhecidos pelos tribunais portugueses, como ínsito em seu ordenamento jurídico¹²¹.

Essa tem sido a regra geral adotada pela maioria dos países civilizados. A expressão princípios gerais do direito foi usada pelo legislador italiano desde 1865. Contudo, o atual Código Civil italiano passou a usar outra expressão, consoante dispõe em seu art. 12-2, isto é, na falta de norma análoga, o caso se decidirá segundo os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado.

O art. 1º-2 do Código Civil da Catalunha também reproduz a mesma orientação dos países civilizados, admitindo a resolução de casos em concreto por meio dos princípios gerais quando as leis, os costumes, a jurisprudência e a doutrina forem insuficientes¹²². Da mesma forma, o Código Civil espanhol, em seu art.1º¹²³, ao falar de fontes do direito, considera expressamente os princípios gerais do direito como tal, os quais se aplicarão na omissão da lei ou dos costumes, sem prejuízo de seu caráter informador do ordenamento jurídico.

Na mesma diretriz, o art. 4º do Código Civil francês estabelece e impõe ao magistrado julgar, sob pena de denegação de justiça, as situações jurídicas que lhe são submetidas, porém, na hipótese de omissão ou insuficiência da lei, chamará à colação os princípios gerais do direito. Em França, o preâmbulo da Constituição de 1946, elegeu como princípios gerais os direitos e as liberdades consagradas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, inclusive como princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da república francesa.

A jurisprudência francesa passou, então, a reconhecer, expressamente, a existência dos princípios gerais aplicáveis mesmo na ausência de texto de lei. Contudo, foi o Conselho de Estado francês que reconheceu a sua incidência em matéria de direito

¹²¹ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2c1c6cf95499063a80257de3006010be?OpenDocument>. Acesso em 08.04.2017.

¹²² BRUTAU, José Puig - **Compendio de Derecho Civil**, p. 82-83.

¹²³ **CAPÍTULO PRIMEIRO**
FUENTES DEL DERECHO

1. Las fuentes Del ordenamiento jurídico español son La ley, La costumbre e los principios generales Del derecho.

4. Los principios generales Del derecho se aplicarán em defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador Del ordenamiento jurídico.

administrativo, de direito penal e em direito judiciário privado. Da mesma forma, o Conselho Constitucional francês e a Corte de Justiça das Comunidades Europeias se referiram a eles. Importante ressaltar que este último órgão de Justiça decretou que os direitos fundamentais integram os princípios gerais do direito, cujo respeito a Corte se comprometeu executar¹²⁴.

O Brasil acompanhou a evolução do Direito das gentes, quando editou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, regulamentada pelo Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, a qual dispõe em seu art. 4º¹²⁵ que os princípios gerais do direito serão utilizados como método de integração e decisão, se o caso não puder ser resolvido pela lei, analogia ou costumes.

A lei brasileira também não especificou e nem os enumerou no seu texto, seguindo a tendência global de manter a generalidade dos princípios gerais do direito. Nem por isso, deixaram de ser conhecidos e aplicados pelos tribunais brasileiros, como abaixo transcrito:

“Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão assim ementado:
“AGRAVO LEGAL QUE ALVEJA DO RELATOR QUE CONCEDEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO E DE IMPEDIMENTO DE REVISÃO DO BENEFÍCIO – SEGUNDO ALEGAÇÃO DO ESTADO. À PRIMEIRA VISTA, PARECE SER HIPÓTESE DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EX-OFFICIO DE MODO TRANSVERSO. ENTRETANTO, AINDA QUE SE RECONHEÇA A RESISTÊNCIA À REVISÃO PURA E SIMPLES, O **VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM** E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA OBSTAM A PRETENSÃO ESTATAL. PORQUE SE O ESTADO PODERIA EXTINGUIR O BENEFÍCIO ADMINISTRATIVAMENTE, E NÃO O FEZ, INCUTINDO NO ADMINISTRADO A LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE RECEBER PLENAMENTE O BENEFÍCIO, DESTARTE É VÁLIDA A REVISÃO DA PENSÃO. NÃO GUARDA COERÊNCIA A POSTURA DO ESTADO, REVELANDO-SE CONTRADITÓRIA. DECISÃO PROLATADA DENTRO DA PRERROGATIVA CONFERIDA AO

¹²⁴ BERGEL, Jean-Louis - **Teoria Geral do Direito**, p. 120 e 102.

¹²⁵ Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

RELATOR NO CAPUT DO ART. 557 DO CPC. AUSÊNCIA DE ABUSO, EXCESSO OU DESVIO DE PODER. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO”. Nesse contexto, para concluir de forma diversa ao entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, implicaria novo exame do conjunto fático-probatório constante dos autos, circunstância que torna inviável o recurso nos termos da Súmula 279 do STF. Isto posto, nego seguimento ao recurso (CPC, art. 557, caput). Publique-se. Brasília, 17 de junho de 2014. (STF – ARE: 661861 RJ, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, publicado no DJe-122, em 24/06/2014)”.

"Ação de cobrança. Pagamento indevido. Enriquecimento ilícito. Restituição. Recurso a que se nega provimento. O enriquecimento sem causa tem como pressuposto um acréscimo patrimonial injustificado e a finalidade de restituição ao patrimônio de quem empobreceu. Ele encontra seu fundamento no velho princípio de justiça **suum cuique tribuere**, dar a cada um o que é seu. Nessa toada, em que pesem a alardeada boa-fé e a situação econômica precária, com base simplesmente na concepção pura do enriquecimento sem causa, constata-se a necessidade de o Apelante restituir os valores recebidos indevidamente ao Apelado". (TJMG, Acórdão 1.0024.06.025798-7/001, Belo Horizonte, 13ª Câmara Civil, Relª. Desª. Claudia Maia, j. 10.05.2007, DJMG de 25.05.2007).

Assim, percebe-se claramente o sentido amplo, geral e abstrato dos princípios gerais, porque compreendem tanto os princípios superiores de justiça, como os que são informados pelo ordenamento jurídico pátrio, já que, no ordenamento jurídico brasileiro, eles são considerados fontes, porque orientam o intérprete na concretização da justiça.

Não se trata, como pretendem alguns, dos princípios gerais do direito nacional, mas, sim, dos elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias; das ideias e princípios sobre os quais assenta a concepção jurídica dominante; das induções e generalizações da ciência do direito e dos preceitos da técnica. Esses princípios são vagos e indeterminados. Todavia, não é tanto assim. Certamente temos de penetrar na filosofia do direito, na história da civilização, e ter o espírito aparelhado por uma educação jurídica bem cuidada, para empreendermos a investigação dos princípios gerais do direito. Esse mesmo preparo mental indica a rota a seguir e habilita o jurista a

reconhecer a natureza positiva das coisas, enquanto fonte subsidiária do direito imprecisa, mas fecunda na investigação jurídica¹²⁶.

Por fim, autores vários têm conceituado os princípios gerais do direito. Dessa forma, para melhor definirmos o seu conteúdo, o fazemos não com o objetivo de algo limitador, encarcerando-os em uma fórmula, mas tão somente para servir como indicativo finalístico, pois será sempre uma cláusula aberta com abrangência em todo o ordenamento jurídico.

Princípios são as grandes orientações formais da ordem jurídica, que fundam e unificam normas e soluções singulares, ou são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica. São critérios para a ação e para a constituição de normas e modelos jurídicos. Como diretrizes gerais e básicas, fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição. O direito, como sistema, seria um conjunto ordenado, segundo princípios. Assim, os princípios são cânones que não foram ditados explicitamente pelo legislador, mas que estão contidos, de forma imanente, no ordenamento jurídico. Eles não têm existência própria, estão ínsitos no sistema, mas, cabe ao juiz ou jurista descobri-los, para lhes atribuir força e vida.

Esses princípios, que servem de base para preencher lacunas, não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico que deve apresentar-se como um organismo racional, capaz de conter ou proporcionar uma solução segura para o caso duvidoso. Disso decorre que os princípios gerais do direito são regras de conduta a nortear o juiz na interpretação da norma inconclusiva, do ato ou negócio jurídico. É verdade que eles não se encontram positivados no sistema normativo. São potencialmente aplicáveis enquanto normas a serem concretizadas pelo intérprete no preenchimento das lacunas¹²⁷.

Os princípios gerais do direito também se inspiram em valores superiores da humanidade civilizada, mergulhado em suas regras e já incorporadas ao patrimônio cultural-jurídico, por ser uma fonte da maior importância. No entanto, são de difícil percepção e aplicação, porque eles exigem do jurista ou do juiz experiência e afinidade com instrumentos mais abstratos e complexos, porém, adotando ideias de maior teor cultural, a fim de permitir ao aplicador da norma suprir a deficiência legislativa, haja vista ser relativa à presunção de que o legislador elabora as normas mais adequadas e justas em benefício do povo. Em outras palavras, o intérprete perquire o pensamento

¹²⁶ BEVILAQUA, Clovis - **Código Civil comentado**, p. 88.

¹²⁷ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, 2014, p.20

filosófico sobranceiro ao sistema, ou as ideias estruturais do regime, aplicando a regra porventura encoberta no ordenamento jurídico nacional¹²⁸.

Aplicar os princípios gerais do direito leva o intérprete a apelar para os valores mais altos da humanidade civilizada, para utilizar aquelas regras já incorporada ao patrimônio cultural e jurídico de uma nação, permitindo ao juiz suprir a deficiência legislativa com a adoção de um modelo que o legislador não chegou a ditar, sob forma de preceito, contudo, se contém imanente no espírito do sistema jurídico. Todavia, hodiernamente, cumpre reconhecer que a posição antes ocupada pelos princípios gerais do direito passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente pelos direitos fundamentais¹²⁹.

3.1) - Os Princípios Gerais do Direito na União Europeia e no Direito Internacional

A União Europeia é uma associação de Estados independentes e soberanos, com personalidade jurídica distinta da dos seus associados, *ex vi* do art. 47 do Tratado da União Europeia, surgindo uma nova modalidade de governo, com um novo estilo de aplicação do direito. Para tanto, cada Estado-membro renuncia a uma parcela de sua soberania e delega à União de Estados, submetendo-se às suas regras. Os tratados que instituir poderão modificar a antiga forma de pensar o direito, fundando um novo ordenamento jurídico autônomo, inclusive com a criação de um Tribunal de Justiça da União Europeia, reconhecido constitucionalmente pelos Estados-membros¹³⁰.

Com efeito, os tratados repartem as atribuições entre a União Europeia e os seus Estados-membros, fixam a organização e funcionamento dos seus órgãos, consagram direitos fundamentais e apontam objetivos a serem atingidos. Por conseguinte, o ordenamento jurídico da UE estabelece os critérios, segundo os quais se relacionam com as ordens jurídicas dos seus Estados-membros, no exercício das respectivas competências atribuídas, afirmando a sua primazia sobre todas as normas de direito interno, razão pela qual os Estados-membros estão impedidos de aplicar direito nacional incompatível com o novo ordenamento jurídico, devendo, inclusive, interpretar todo o direito nacional de modo a conformar-se com o direito da comunidade¹³¹.

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil**, p. 63-64.

¹²⁹ *Idem. Op. Cit.* p. 62-63.

¹³⁰ FALCÃO, José Diogo; CASAL, Fernando; OLIVEIRA, António Sarmiento de; CUNHA, Paulo Ferreira da - **Noções Gerais de Direito**. Lisboa: Calendário de Letras, 2014, p. 70-74.

¹³¹ *Idem - Ibidem.*

Característica interessante do ordenamento da UE é o efeito direto de que gozam algumas das suas normas, as quais podem ser invocadas pelos cidadãos junto aos órgãos jurisdicionais internos, quer contra o Estado - efeito vertical - quer contra outros indivíduos - efeito direto horizontal. Em outras palavras, para ser possível assegurar a efetividade do direito da UE, todas as normas dos tratados que se dirijam direta e imediatamente aos indivíduos, as quais contenham proibições e as que imponham aos Estados-membros obrigações de um *facere*, ou de alguma abstenção, desde que contenham disposições claras, precisas e incondicionais, gozam de efeito direto junto aos particulares, com a possibilidade de serem invocáveis nos tribunais nacionais¹³².

A questão da recepção, hierarquia e obrigatoriedade do direito da União Europeia está regulada no art. 8º¹³³ da CRP, o qual, no seu número 2, prevê a recepção plena de todo o direito internacional convencional. No seu número 3, viabiliza a vigência do direito derivado da UE e, no seu número 4, garante a aplicação daquele ordenamento externo na ordem interna dos Estados-membros, desde que haja respeito aos princípios fundamentais do Estado democrático, os quais vêm especificados no art. 288 da CRP. Portanto, de nenhuma valia terá norma interna que se contrastar com o Direito Internacional ou, mais especificadamente, com o ordenamento jurídico da União Europeia, em face da literalidade do item 4 do art. 8º da CRP. Por isso, sempre que o juiz nacional se deparar com um conflito de aplicação entre uma norma de direito da União Europeia e uma norma de direito nacional, deve aplicar a primeira em detrimento da segunda¹³⁴.

Nessa toada, no campo da responsabilidade extracontratual, o art. 340 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE reconheceu o dever de a União indenizar, de acordo com os **princípios gerais comuns** dos Estados-Membros, na

¹³² *Idem - Ibidem.*

¹³³ **Artigo 8.º**

(Direito internacional)

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.

3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.

4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

¹³⁴ FALCÃO, José Diogo; CASAL, Fernando; OLIVEIRA, António Sarmento de; CUNHA, Paulo Ferreira da - **Noções Gerais de Direito**. Lisboa: Calendário de Letras, 2014, p. 70-74.

falta de regras escritas nos domínios do direito comunitário, por danos porventura causados por suas instituições ou por ato dos seus agentes no exercício das suas funções.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem reconhecido a responsabilidade extracontratual da Comunidade, referente a atos normativos que impliquem opções de política econômica, mesmo quando possa existir algum controle jurisdicional da legalidade de atos legislativos, não deve ser dificultado o direito à indenização sempre que o interesse geral da Comunidade ordene que se adotem medidas normativas suscetíveis de afetar os interesses dos particulares. Todavia, a Comunidade só pode ser responsabilizada se a instituição em causa violar, de forma manifesta e grave, os limites que se impõem ao exercício dos poderes. Nessas circunstâncias, o direito comunitário reconheceu procedente a reparação, desde que se encontrem satisfeitos três princípios básicos: 1º) - que a regra de direito violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares; 2º) - que a violação seja suficientemente caracterizada; 3º) - que exista nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas, em razão de atos normativos ilegais das suas instituições¹³⁵.

Nessa seara, da responsabilidade civil, não podemos esquecer-nos de outro princípio geral do direito, muito em voga e que não pode deixar de ser observado na aferição da indenização, qual seja: o princípio da reparação integral do prejuízo, visto que, as condições fixadas pelas legislações nacionais, em matéria de reparação de danos, não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito às reclamações semelhantes de natureza interna e não podem ser organizadas de forma a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação. O Tribunal de Justiça tem declarado que os Estados-membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares, em virtude das violações do direito comunitário que lhes são imputáveis, sempre que o não-cumprimento em causa seja atribuído ao legislador nacional, hipótese em que os particulares lesados têm direito à reparação, porém, caso a regra de direito comunitário, violada, tenha por objeto conferir-lhes algum direito¹³⁶.

Por fim, resta-nos destacar, em sede de princípios gerais comuns, adotados pelos Estados-membros da União Europeia, os mais correntes na Comunidade, como, por

¹³⁵ PAIS, Sofia Oliveira - **Direito da União Europeia: legislação e jurisprudência fundamentais**, 2016, p. 390-393.

¹³⁶ *Idem. Op. Cit.* p. 394.

exemplo, podemos citar os princípios da boa-fé, da confiança legítima e segurança jurídica, da continuidade das estruturas jurídicas, da democracia, dos direitos fundamentais etc¹³⁷.

Os princípios gerais do direito, reconhecidos pelas nações civilizadas, também foram referenciados pelo art. 38º n.1, alínea "c" do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça de 1945, como fonte do Direito Internacional Público. Disso, poderemos entender que eles têm vigência em todos os sistemas jurídicos. Os princípios gerais seriam extraídos da lei por indução amplificadora, pois a jurisprudência apropria-se da doutrina para dela extrair o cerne do entendimento dos textos, de onde advém a consagração dos princípios gerais pela jurisprudência, transformando-os em uma fonte de direito. Portanto, é no plano dos princípios gerais do direito que as diferentes matérias da ordem jurídica e os diversos sistemas jurídicos encontram a sua unidade¹³⁸.

Também existem os princípios gerais próprios do Direito Internacional, como os da não-ingerência, da não-agressão, do não-reconhecimento da aquisição de territórios ou aquisição de direitos, mediante recurso da força, da autodeterminação dos povos e da proibição do genocídio, muito embora o conteúdo de algum deles tenha variado ao longo do tempo. As Nações Unidas, tradicionalmente, têm respeitado, em absoluto, o princípio da não-ingerência nos assuntos de outro Estado, como corolário da proteção da soberania dos próprios Estados¹³⁹.

3.2) - Da generalidade e do alcance dos princípios gerais do direito

Os princípios gerais do direito, por não estarem positivados, são difíceis de distingui-los de simples regras de direito, sendo verdadeiros cláusulas abertas que o legislador colocou à disposição do intérprete para realização e concretização do direito, porém, este não está autorizado a criar regra nova ou a legislar; contudo, o intérprete deverá lançar mão daqueles já existentes, em que a doutrina e a jurisprudência tornaram evidentes. Também não podem ser confundidos com equidade e nem com casos análogos.

A equidade é uma autorização legal colocada à disposição do intérprete para atuar em determinados casos, em caráter excepcional, pois presume-se que a própria norma seja forjada com os devidos temperamentos que a equidade natural aconselha.

¹³⁷ LAUREANO, Abel - **Teoria Fundamental do Direito**, 2012, p. 144.

¹³⁸ BERGEL, Jean-Louis - **Teoria Geral do Direito**, p. 101-111.

¹³⁹ QUADROS, André Gonçalves Pereira Fausto de - **Manual de Direito Internacional Público**, p. 262.

Por isso, não poderá o magistrado reformar o direito sob o pretexto de julgar por equidade. Equidade significa igual, justo, ou seja, ela é a justiça no caso concreto. Em tais circunstâncias, o julgador é investido da faculdade de aplicar a norma que estabeleceria se fosse legislador¹⁴⁰.

A analogia se preocupa em resolver os casos omissos, buscando preencher a lacuna da lei por meio de outra norma similar. Segue-se daí que a semelhança deve ser demonstrada, aplicando os seus efeitos jurídicos, concluindo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. É para isso que ela serve: constatar e preencher lacunas¹⁴¹.

A generalidade dos princípios gerais do direito decorre de sua própria natureza, porque não se pode elaborar uma lista exaustiva ou definitiva deles, isso como elemento fomentador de proporcionar a constante evolução do direito, funcionando como escape necessário e até indispensável de sua própria oxigenação e sobrevida, considerando que o direito deve acompanhar e integrar o surgimento de novos valores, enquanto norma finalística do bem comum. Por isso, tais princípios são tão difíceis de definir, embora não de identificar.

A generalidade dos princípios gerais do direito diz respeito à sua abrangência, porque eles alcançam todo o direito positivo, estendendo sua aplicabilidade no direito internacional, no direito comunitário, no direito constitucional, no direito civil, penal, do trabalho, processual civil, administrativo etc. Tendem a romper fronteiras e se alojam com maior autoridade nos regimes democráticos, cujo ambiente é mais favorável, próspero e frutífero para continuarem expandindo-se em evolução.

Assentam-se e se instalam em ordenamentos que respeitam e adotam a liberdade e igualdade como pilares do próprio sistema jurídico, contudo, não perdem a sua maior característica: a generalidade, porque, mesmo positivados, ostentam a particularidade de normas-valores do mais alto peso e grau, se convertendo em uma matriz normativa ou norma das normas. Um princípio é considerado geral pelo fato de comportar uma série indefinida de aplicações¹⁴².

Eles promovem a uniformidade, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. São postos no topo da pirâmide normativa, elevam-se ao grau de norma das normas, de fontes das fontes, porque dispõem de baixíssimo teor de

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil**, p. 63.

¹⁴¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio - **Introdução ao Estudo do Direito**, 2016, p. 265.

¹⁴² BERGEL, Jean-Louis - **Teoria Geral do Direito**, p. 110.

densidade normativa. Qualitativamente, eles são a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição. A constitucionalização dos valores básicos dos princípios não somente coloca o juiz no marco necessário de uma jurisprudência de valores, por acolher o fundamento básico deles derivados, assinalando o sentido inspirador, nos quais deverá desenvolver o exercício do poder legislativo sem atropelos e excessos. Em verdade, os princípios gerais, elevados à categoria de princípios constitucionais, resolvem por inteiro a problemática da eficácia dos chamados princípios supralegais¹⁴³.

Exatamente por isso, cada ramo do direito agasalha seus próprios princípios gerais como, por exemplo, são princípios gerais do direito constitucional que podem se comunicar com os demais ramos do direito o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da legalidade, da proporcionalidade, da liberdade de consciência religiosa, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da propriedade privada, da presunção da inocência, em que ninguém será culpado até sentença penal condenatória, da liberdade de expressão, da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, da não-retroatividade da lei, da autoridade da coisa julgada, da responsabilidade penal pessoal, da responsabilidade civil, da liberdade de associação, da liberdade sindical, da liberdade ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, além dos princípios próprios da administração pública, como legalidade, publicidade, eficiência, moralidade e impessoalidade, bem como os que dizem respeito aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé etc.

3.3) - Princípios gerais do direito escritos e não-escritos

Ainda que o Código Civil português, vigente desde 1966, não mencione, à luz da teoria clássica, os princípios gerais do direito, ou a eles faça alguma referência, seja quando trata das fontes do direito (arts. 1º a 4º), ou quando trata da integração das lacunas da lei (art. 10º), faz, contudo, alguma referência genérica à legislação estrangeira no art. 22º-2. Além disso, encontramos no Código de Processo do Trabalho, em seu art. 1º n. 1, alínea "e", expressa alusão a eles e aos princípios gerais do direito processual do trabalho, na alínea "d". No entanto, também encontramos-os esparsadamente na Constituição da República portuguesa, de 1976, quando faz menção aos princípios subsidiários, nos arts. 6º, 7º e 8º. Dessa forma, integram inexoravelmente

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**, p. 260-302.

o ordenamento jurídico pátrio. Os princípios gerais do direito são regras máximas ou aforismos, adágios e brocardos, isto é, conceitos expressos por simples e breves palavras como, por exemplo, temos o verbete *in dubio pro reo*, princípio da justiça, da igualdade e da boa-fé. São enunciados de forma condensada ou sintética, não constituindo em frases longas ou raciocínios complexos e concatenações de argumentos sofisticados, antes se traduzem em uma frase com duas ou três palavras conhecidas¹⁴⁴.

Os princípios gerais do direito têm, por conteúdo, as grandes orientações e valores que caracterizam uma dada ordem jurídica no seu conjunto e podem ser setorizados pelos diversos ramos ou sub-ramos do direito pátrio, e acabam se transformando em normas jurídicas. Entretanto, não devem ser confundidos com outros brocardos ou tipos de aforismos e adágios jurídicos sem nenhum caráter normativo, por não constituírem regras de condutas para a vida do homem em sociedade. Aqui, só nos interessa tratar dos princípios gerais do direito enquanto fontes do direito e fatos responsáveis por produzir ou revelar novas normas jurídicas¹⁴⁵.

Contudo, os princípios gerais do direito não perderam sua individualidade e nem a sua identidade, pois a doutrina tem destacado alguns deles, tornando-os evidentes, a fim de fazê-los conhecidos e aplicáveis pelos magistrados e tribunais sendo, destarte, oportuno referenciarmos aos mais comuns, haja vista não se poder elaborar uma lista exaustiva ou definitiva deles. Veremos, então, os mais conhecidos, referentes aos:

1) - **Princípios gerais do direito positivados e não positivados:**

1.1) - *Pacta sum servanda*. (os pactos devem ser obrigatoriamente cumpridos pelas partes);

1.2) - *Dura lex, sed lex*. (a lei é dura, mas é lei. A lei deve ser aplicada mesmo que pareça imoral ou injusta, vide art. 8º-2 do CC);

1.3) - *Ex facto oritur ius*. (do fato nasce o direito);

1.4) – *Iura novit curia*. (o tribunal ou juiz conhece o direito);

1.5) - *Ignorantia iuris neminem excusat*. (a ignorância da lei a ninguém escusa. A ninguém é dado alegar ignorância da lei, vide art. 6º do CC e art. 3º da LINDB¹⁴⁶);

¹⁴⁴ AMARAL, Diogo Freitas do - **Manual de Introdução ao Direito**, p. 499-500.

¹⁴⁵ *Idem. Op. Cit.* p. 500.

¹⁴⁶ Art. 3º - Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

1.6) – *Summum ius, summa iniuria*. (muito direito, muita injustiça. O emprego extremo da lei leva a injustiças);

1.7) - *Quid iure suo utitur, neminem laedit*. (quem exerce o seu direito a ninguém prejudica);

1.8) - *Necessitas non habet legem*. (a necessidade não tem lei);

1.9) – *Alterum non laedere*. (não prejudicar ninguém; dever jurídico geral de não causar dano a outrem, vide art. 483 do CC);

1.10) - *Suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu);

1.11) - Princípio da plenitude da ordem jurídica;

1.12) - Princípio do acesso ao direito, vide art. 20º-1 da CRP;

1.13) - Princípio da proibição da denegação de justiça, vide art. 20º-1, parte final da CRP;

1.14) - Princípio da não-retroatividade da lei, vide art. 12º-1 do CC e art. 6º da LINDB;

1.15) - Princípio da boa-fé, vide art. 762º-2 do CC;

1.16) - Princípio do não-enriquecimento sem causa ou ilícito, vide art. 473º-1 do CC e art. 884 do CC brasileiro;

1.17) - Princípio da cláusula *rebus sic stantibus*. (teoria da onerosidade excessiva ou imprevisão, vide art. 437 do CC e art. 478 do CC brasileiro¹⁴⁷);

1.18) - Princípio da segurança jurídica e da justa, prévia, efetiva e adequada indenização por expropriações, vide art. 5º, XXIV da CRFB;

1.19) - Princípio da cláusula do *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do não-cumprimento do contrato pela outra parte);

1.20) - Princípio da não exigência do implemento de uma obrigação, senão mediante a contraprestação do credor, vide art. 429 do CC e art. 476 do CC brasileiro;

1.21) – *Nem bis in idem*. (ninguém deve ser condenado duas vezes pela mesma coisa);

1.22) – *Nullum iudex sine actor*. (nenhum juiz sem autor; princípio segundo o qual o tribunal somente pode atuar a pedido e por iniciativa dos interessados);

1.23) – *Omnis ius constitutum est causa hominum*. (todo direito é constituído por causa do homem);

¹⁴⁷ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

1.24) – *Nemo potest venire contra factum proprium*. (ninguém pode pôr em causa um fato próprio).

2) - Princípios Gerais do Direito Civil

2.1) - Princípio da autonomia privada e da liberdade de contratar, vide art. 405 do CC;

2.2) - Princípio da preservação da autonomia da instituição familiar e do efeito sucessório, vide art. 1576 do CC;

2.3) - Princípio da Responsabilidade Civil, vide art. 483 do CC;

2.4) - Princípio da boa-fé, vide art. 762º-2 do CC;

2.5) - *Ad impossibilia Nemo tenetur*. (Ao impossível ninguém está obrigado e nem é exigível. Ninguém está obrigado à prestação impossível, vide art. 401 do CC);

2.6) - Princípio do não-enriquecimento sem causa ou ilícito, vide art. 44 c/c art. 473º-1 do CC e art. 884 do CC brasileiro;

2.7) - Princípio da repulsa ao abuso de direito, vide art. 334 do CC;

2.8) – *Accessorium principale sequitur*. (A coisa acessória segue a principal), art. 92 do CC brasileiro.

3) - Princípios Gerais do Direito do Trabalho

3.1) - Princípio da lei mais favorável ao trabalhador;

3.2) - Princípio da autotutela laboral;

3.3) - Princípio da dignidade do trabalhador;

3.4) - Princípio da segurança e medicina do trabalho, vide art. 59, 1, letras "b" c/c art. 59º-1, c da CRP c/c art. 59º, "c" do CT;

3.5) - Princípio da liberdade sindical e associativa, vide art. 55 c/c art. 56 da CRP c/c art. 55º do CT;

3.6) - Princípio de igual remuneração por igual trabalho, vide art. 59º-1, a da CRP c/c art. 23º-2 da DUDH c/c art. 59º-1, a, do CT;

3.7) - Princípio da dignidade e da justa e satisfatória remuneração, vide art. 23º-3 da DUDH;

3.8) - Princípio ao direito a repouso, lazer e ao direito a férias remuneradas e periódicas, vide art. 24ª da DUDH c/c art. 213º, art. 214 e art. 237º, todos do CT;

3.9) - Princípio da limitação da jornada de trabalho diário, semanal e mensal, vide art. 24ª da DUDH c/c art. 203º do CT;

3.10) - Princípio do amparo contra doença, invalidez e velhice, vide art. 25ª da DUDH;

3.11) - Princípio da proteção à maternidade, à infância e juventude, vide art. 25ª-2 da DUDH;

3.12) - Princípio ao direito à instrução e acesso à cultura, vide art. 26ª, 1-2 c/c art. 27º-1, ambos da DUDH;

3.13) - Princípio ao tratamento mais favorável ao trabalhador ou *favor laboratoris*, vide art. 3º, 3-4 c/c art. 476, ambos do Código do Trabalho;

3.14) - Princípio ao direito à aposentadoria.

3.4) - Classificação dos princípios gerais do direito

Assim, podemos classificar os princípios gerais do direito, como faz Diogo Freitas do Amaral¹⁴⁸, quanto:

1ª) - **à forma:** há princípios que se encontram enunciados de maneira expressa e outros, ao contrário, não estão claramente formulados, porém, têm de ser deduzidos de valores superiores.

De forma expressa, encontramos no ordenamento jurídico português os seguintes princípios: a) - o princípio do estado de direito, vazado no art. 2º da CRP; b) - o princípio do efeito útil dos tratados, grafado no art. 44º da Convenção de Viena, sobre o Direito dos Tratados entre Estados; c) - o princípio de que só um tribunal judicial pode condenar alguém a uma pena criminal, consoante art. 32º-4 e 9 da CRP; d) - princípio de que todos são iguais perante a lei, reconhecido pelo art. 13º da CRP; e) - princípio que rege a responsabilidade penal intransmissível, ou seja, a pena não passará do apenado, como reconhece o art. 30º-3 da CRP; f) - princípio da responsabilidade das entidades públicas, de que fala o art. 22º da CRP etc.

Outros, serão deduzidos de valores superiores ou induzidos, a partir de várias disposições legais, cabendo ao intérprete essa tarefa de apreendê-los do sistema jurídico e aplicá-los ao caso concreto;

2ª) - **à sua função:** pois necessário distingui-los entre função programática, interpretativa e integradora dos princípios gerais do direito. É na **função programática**

¹⁴⁸*Idem. Op. Cit. p. 502.*

que ocorre a geração de normas jurídicas. São normas que precisam ser complementadas ou regulamentadas, em face do vazio legislativo ou de sua excessiva generalidade. Temos, a título de exemplo, o princípio da boa-fé, mencionado no art. 266º-2¹⁴⁹ da CRP, quando dispõe sobre os princípios fundamentais da Administração Pública como diretriz, o qual fora fonte inspiradora para o art. 6-A do Código de Processo Administrativo; será na **função interpretativa** que iremos lidar com a questão auxiliar da interpretação das leis, buscando o intérprete o sentido e alcance da norma, jungida ao comando do art. 9º do Código Civil.

Sob a perspectiva da interpretação das leis, cabe esclarecer que o intérprete ou os órgãos jurisdicionais estão investidos de um poder-dever funcional, inerente ao ato de julgar que emerge do art. 203º da CRP c/c os arts. 8º, 9º e 10º do Código Civil, os quais apontam para a diretiva do dever de obediência à lei, com interpretação e aplicação uniforme da lei. O dever de obediência à lei está contido no próprio âmago da atividade de julgar.

Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, a doutrina e a jurisprudência têm aceitado e adotado, concordemente, os seguintes métodos interpretativos: a) - interpretação literal; b) - interpretação teológica ou finalística; c) - interpretação lógica ou sistêmica; d) - interpretação histórica; e) - interpretação atualista. Todavia, os métodos de interpretação acima especificados não poderão ignorar o comando existente no art. 9º do CC, sob pena de desvirtuamento do conteúdo e do sentido da norma que a norteia¹⁵⁰.

Falaremos sucintamente sobre tais métodos, visto que, na aplicação dos princípios gerais do direito, o intérprete chamará à colação alguns desses métodos para realizar a integração do direito ameaçado ou lesionado.

O primeiro método, conhecido como **literal**, tem como ponto de partida o próprio texto legal, não podendo o intérprete distanciar-se completamente do conteúdo da lei, de forma que a interpretação dada por ele não guarde um mínimo de correspondência verbal com o texto legal interpretado, ainda que imperfeitamente

¹⁴⁹ **Administração Pública**
Artigo 266.º
(Princípios fundamentais)

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

¹⁵⁰ PEREIRA, Antonio Pinto - **Princípios Gerais de Direito**. p. 202-205.

expresso, consoante o art. 9º-2¹⁵¹; o **método teleológico ou finalístico** permite atingir a ideia central do pensamento do legislador; seria a última *ratio* do sistema, o sentido último da norma ou sua finalidade, da razão de ser da sua criação ou o espírito do sistema, como está descrito no art. 9º-1 c/c n. 3, parte final do art. 10º, ambos do CC; a **interpretação lógica ou sistemática** consiste em apreender o sentido da norma, a partir de seu conteúdo, depreendido a partir do conjunto de preceitos que, sucessivamente, vão apontando o caminho que o legislador pretendeu progressivamente traçar, a fim de atingir a unidade do sistema jurídico. Assim, o sentido e alcance são determinados pela logicidade da norma em uma interpretação sistêmica, apontando para um conjunto de disposições, a fim de se poder conjugar a lógica com a sistematização da norma; a **interpretação histórica** é realizada a partir das circunstâncias determinantes da elaboração da lei, como o momento social, econômico, político, ideológico etc¹⁵².

Podemos, então, citar como exemplo de função interpretativa o princípio do *favor laboratoris*, segundo o qual a interpretação de certas normas do Direito do Trabalho estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, consoante art. 3º, 3 e 4 do Código do Trabalho; por fim, a função complementar que os princípios gerais do direito desempenham, como meio de integração das lacunas da lei, é essencialmente sistêmico e indispensável para a concretude do direito, considerando que o legislador não é capaz de prevê todos os dramas humanos e expressá-los em uma norma, ante as inúmeras normas lacunosas que precisam de uma atuação criativa e equilibrada do jurista, advogado e magistrado, enquanto intérprete final dela;

3ª) - **a integração das lacunas de direito fundamental**: os princípios gerais do direito são chamados para completar eventual lacuna no ordenamento jurídico, a fim de viabilizar o exercício de algum direito fundamental não positivado ou simplesmente não regulamentado, hipótese em que a CRP, por meio do seu art. 16º-2, orienta o intérprete a preencher a omissão legislativa, chamando à integração a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Por fim, cabe-nos dimensionar os princípios gerais do direito quanto a sua estrutura. Ei-los:

¹⁵¹ **ARTIGO 9º**
(Interpretação da lei)

2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

¹⁵² PEREIRA, Antonio Pinto - **Princípios Gerais de Direito**, p. 203-209.

a) - Os **princípios-valor**: são os que expressam um valor jurídico superior e que podem dá origem a outras normas jurídicas por dedução, como pode resultar do princípio da justiça ou da boa-fé; b) - os **princípios-norma**: são aqueles autoaplicáveis, os quais se traduzem em verdadeira norma jurídica independentemente de qualquer regulamentação posterior, como o princípio **in dubio pro reo**, o princípio da presunção de inocência, o princípio do contraditório, do devido processo legal, da igualdade, da propriedade privada, da dignidade etc; c) - os **princípios-síntese**: aqueles que revelam uma diretriz contida em várias normas de conduta, por dedução, ou seja, é o que se extrai do princípio da igualdade de todos perante a lei; ou em função de determinada profissão desempenhada por um agente do Estado como, por exemplo, a igualdade entre magistrados, ministros etc¹⁵³.

Por fim, podemos citar uma última classificação dos princípios gerais do direito, comumente aceita e difundida pela doutrina. Para melhor compreensão e apreensão deles podemos enumerá-los em:

- 1º) - Princípios gerais do direito;
- 2º) - Princípios gerais do direito público;
- 3º) - Princípios gerais do direito privado;
- 4º) - Princípios gerais de cada ramo do direito público;
- 5º) - Princípios gerais de cada ramo do direito privado;
- 6º) - Princípios gerais comuns aos demais ramos do direito.

3.5) - Função dos Princípios Gerais do Direito

É certo que qualquer norma jurídica para ser válida precisa integrar um ordenamento jurídico e ter vigência, notadamente porque a origem dos princípios gerais do direito é incerta e sua formulação é indefinida, mas podemos encontrá-los no direito escrito e não-escrito, no costume e na jurisprudência. Embora, os Códigos façam apenas referências aos princípios gerais do direito sem enumerá-los, isso não quer dizer que eles deixaram de integrar o sistema jurídico, porque são apenas normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, por isso, eles darão ao intérprete todos os elementos necessários para a pesquisa da norma reguladora, em busca de compreendê-la, comparando normas aparentemente diferentes entre si, alcançando aquilo que comumente se chama de espírito do sistema, isto é, exprimem as grandes orientações e

¹⁵³ AMARAL, Diogo Freitas do - **Manual de Introdução ao Direito**, p. 503.

valores que caracterizam determinada ordem jurídica ou um ramo ou sub-ramo do direito¹⁵⁴.

Cabe, aos princípios gerais do direito, inspirar o direito em construção, porquanto são regras que tendem a nortear o juiz na busca da solução para um caso concreto. Assim, a importância funcional dos princípios gerais do direito está ligada à autoridade que lhe é reconhecida e atribuída pelo direito, e graças a isso, eles se impõem ao juiz, ao poder regulamentar e até mesmo ao legislador. Portando, caberá ao intérprete discernir dentre aqueles já revelados pela doutrina, ou aqueles já consagrados pela jurisprudência, a compreensão e a segura aplicação deles, além de promover a própria evolução do direito. Em decorrência, os princípios gerais constituem a base de toda construção jurídica, e as regras de direito não podem evoluir sem considerá-los, especialmente quanto ao preenchimento de um vazio jurídico, decorrente da completa ausência de previsão legal para determinados casos. Os princípios gerais do direito parecem ser um dos melhores fermentos da evolução do direito¹⁵⁵.

Os princípios gerais do direito, além de formarem o arcabouço do pensamento jurídico, desempenham importante papel na interpretação da lei e na concretização do direito, possuem uma grande longevidade. Sua finalidade, por excelência, se manifesta na interpretação dada às leis novas, que são integradas ao ordenamento jurídico. O juiz se refere a eles para determinar o sentido dos textos obscuros ou ambíguos, pois caberá ao intérprete detectar a respectiva natureza dos princípios em questão. Por isso, constituem um fator de estabilidade do direito, permitindo ao mesmo tempo o seu constante desenvolvimento. É raro, porém, que uma situação seja inteiramente dominada por um único princípio, no entanto, a conjugação dos princípios gerais depende, em parte, de seu respectivo grau de especialidade e de generalidade, porque eles são mencionados na forma indefinida, a qual se transformará em uma regra geral com caráter normativo jurisprudencial¹⁵⁶.

Os princípios gerais do direito tendem a exigir do intérprete, diante do vazio legislativo, uma solução que apreenda o princípio geral ou o espírito do sistema que irá aplicar ao caso concreto, extraindo do próprio sistema jurídico conceitos e regras capazes de encontrar algo suficientemente eficaz. O trabalho do juiz em caso tal assemelha-se ao do legislador, pois terá que formular a norma que se deixou de fazer.

¹⁵⁴BOBBIO, Norberto - **Teoria Geral do Direito**, p. 308-311.

¹⁵⁵BERGEL, Jean-Louis - **Teoria Geral do Direito**, p. 101-120.

¹⁵⁶*Idem. Op. Cit.* p. 120-123.

Se se tratar de um princípio implícito, o magistrado o revelará ou identificará, dentre os já existentes e pesquisados pela doutrina ou já consagrados pela jurisprudência, para, em seguida, elaborar ou importar a norma que irá resolver aquela questão que lhe fora posta¹⁵⁷.

3.6) - Princípios e regras: diferenças

Sabemos que todo princípio jurídico tem por principal característica a sua generalidade e indefinição. Nesses termos, os princípios gerais, em suas formas indefinidas, compõem a estrutura do sistema, tanto expresso quanto implícito, se relacionando harmoniosamente com todos os ramos do Direito, completando-os. No entanto, os princípios, por si só, não solucionam os casos que lhes são direcionados. A solução definitiva de casos jurídicos, no Estado de Direito, depende de regras. Um não vive sem o outro; são como irmãos siameses.

Os princípios gerais são regras de direito objetivo, não de direito natural ou ideal, porém, menos rígidos e precisos que as regras. Os princípios gerais seriam extraídos do sistema jurídico por indução amplificada. Eles são abstratos e indefinidos por sua própria natureza, contudo, para que tenham vida e utilidade carecem da intervenção do intérprete, o qual os formula em uma equação lógica, a fim de atingir o espírito do sistema ou a *ratio legis*.

No ordenamento jurídico mergulhamos e garimpamos aqueles valores superiores que possam se harmonizar com o desafio posto ao julgador. Os princípios gerais têm o papel de medir a legalidade das disposições regulamentares ou as próprias regras, certos de que estão submetidas a eles, enquanto conjunto de valores superiores, donde advém a sua força normativa e autoridade para afastar tanto o regulamento quanto a própria regra, quando se conflitarem com eles, mormente se se tratar de um princípio que ostente natureza constitucional, visto que, eles têm valor legislativo e estão situados, na escala das normas, acima das regras, regulamentos e atos administrativos¹⁵⁸.

Existe, portanto, entre uma regra jurídica e um princípio, não só desigualdade de importância, mas uma diferença de natureza, mesmo que toda regra também ostente a característica geral, ainda assim, a sua generalidade não tem o mesmo significado e nem o mesmo alcance e peso de um princípio.

¹⁵⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo da - **Princípios Constitucionais**, 2013, p. 79-86.

¹⁵⁸ BERGEL, Jean-Louis - **Teoria Geral do Direito**, p. 109-116.

A regra jurídica é geral porque dirigida para um número indeterminado de destinatários, sendo geralmente uma norma clara, precisa e incondicionada, além de ser aplicada na modalidade tudo-ou-nada, ou seja, se uma regra/norma for válida, será aplicável a determinado caso particular, ela obriga por ser imperativa e coercitivamente conclusiva e válida, segundo o pensamento dworkiniano. Um princípio, ao contrário, é geral pelo fato de comportar uma série indefinida de aplicações. Dessa forma, os princípios gerais vão muito além dos limites dos diferentes ramos do direito, porque dominam o direito positivo, mas o que os evidencia é a aplicação deles pela jurisprudência¹⁵⁹.

Por conseguinte, a tarefa de aplicar princípios e regras não cabe a qualquer pessoa, muito menos deva ser feito de qualquer maneira. Cabe, pois, ao intérprete ou julgador, portador de conhecimentos mais aprofundados das ciências jurídicas para discernir, descobrir e atingir o princípio geral ou a última *ratio* do sistema jurídico, a fim de apreender das regras jurídicas a inspiração e compreensão necessárias na hora de aplicar um princípio geral a uma situação concreta, de modo a possibilitar e incentivar a sua evolução sistêmica, porque nem sempre o legislador tem proclamado grandes princípios, como o fez a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Mas, se os princípios gerais são as regras que inspiram o direito objetivo, devem dimensionar o seu alcance para medir-lhes a sua importância. Constata-se, destarte, que os princípios gerais desempenham um papel fundamental e essencial em toda a construção jurídica, porque constituem a sua base, de modo que as regras não podem ser justificadas e evoluir sem considerá-los, orbitando em seu derredor, amoldando-se a eles, sob pena delas serem afastadas quando colidirem com algum princípio geral do direito¹⁶⁰.

Realmente, no dia a dia não tem sido fácil distinguir os princípios gerais de simples regras jurídicas. Eles são muitos heterogêneos quanto à forma e fundo, por possuírem natureza desigual na maioria das vezes. Muitos princípios estão expressos nos textos legais, enquanto outros são formalmente consagrados pela jurisprudência, além de existir aqueles outros que estão implícitos no sistema, contudo, não são desconhecidos dos juristas e intérpretes. Quanto ao fundo, certos princípios gerais

¹⁵⁹*Idem. Op. Cit.* p. 110-111.

¹⁶⁰*Idem. Op. Cit.* p. 111-118.

parecem extraídos da moral (o princípio da boa-fé e o brocardo *fraus omnia corrumpit* (a fraude a tudo corrompe, ou produz nulidade), da equidade ou do direito natural¹⁶¹.

De acordo com Dworkin, os princípios jurídicos diferem das regras por possuírem uma dimensão de peso, mas não quanto à validade, por conseguinte, um princípio pode, ao conflitar com outro de menor importância, ser desconsiderado e deixar de definir determinada questão. Nada obstante, continuará vigendo para ser utilizado em outra oportunidade, se novamente confrontado com outro de menor peso. As regras/normas, por outro lado, ou são válidas ou inválidas, mas não têm essa dimensão de peso de que gozam os princípios.

Assim, se duas normas/regras entrarem em conflito, apenas uma delas pode ser válida. A norma, que teve afastada a sua validade por outra deve ser reformulada para torná-la compatível com aquela outra, e, por evidente, torna-se inaplicável ao caso concreto. De outro modo, Hart contrasta o pensamento dworkiniano para dissentir da assertiva supra, entendendo que mesmo havendo conflitos entre regras, aquela vencida por outra mais importante, num determinado caso, poderá sim sobreviver, tal qual um princípio, e continuar vigente e regendo outras questões, quando se entrecrocaram com outra regra de menor importância¹⁶².

Caberá ao intérprete proceder à ponderação entre princípios e fatos relevantes, e não optar por uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso, se diz que princípios são mandamentos de otimização. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* - isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível¹⁶³.

Para avaliar qual princípio, no caso concreto, será o mais justo, utiliza-se o princípio da proporcionalidade, como critério de ponderação. A ponderação é feita pelo princípio da proporcionalidade, o qual contém três máximas que devem ser observadas. **Adequação:** a qual procura saber da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Adequação significa que as medidas tomadas estão aptas para atingir o fim desejado. **Necessidade:** significa verificar se a medida tomada é a menos gravosa para alcançar os fins desejados. **Proporcionalidade**, em sentido estrito, é a análise para se saber se as vantagens superam as desvantagens.

¹⁶¹ *Idem. Op. Cit.* p. 125.

¹⁶² HART - Herbert Lionel Adolphus - **O Conceito de Direito**, 2012, p. 337-338.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2013, p. 231-232.

Tarefa das mais difíceis e espinhosa afeta aos juízes será a de descobrir, definir, harmonizar e justificar o peso e importância concedidos aos princípios, aplicando-os aos diferentes interesses e valores da sociedade, devendo tais valores intuir a decisão do caso particular, especialmente quando houver colisão entre interesses públicos e particulares, na senda dos direitos fundamentais.

3.7) - Os Princípios Gerais e o Direito Natural

Já estudamos que os princípios gerais do direito são normas positivadas ou não-positivadas a integrarem o ordenamento jurídico, ainda que de forma implícita. Não raro, o legislador autoriza ao intérprete fazer uso deles, embora o faça por meio de uma cláusula genérica e indefinida, em uma escala excludente na hierarquia das normas, haja vista ser comum os legisladores fazerem referências, de forma bastante generalizada, aos princípios gerais do direito.

Por isso, pode-se considerar que o ato de confiar aos juízes o poder de criar o direito para dirimir conflitos não regulamentados juridicamente tem sido o preço que a sociedade paga para evitar o transtorno de se remeter o processo ao legislativo para elaboração da lei, e, ao depois de anos, retomar o julgamento. Destarte, o preço parece ser pequeno se o exercício desses poderes forem limitados, vedando aos juízes a criação de códigos particulares ou reformas abrangentes, habilitando-os apenas a criarem normas para a solução dos problemas específicos e não legislados, submetidos ao Poder Judiciário, por casos particulares ou isolados¹⁶⁴.

Vários autores utilizam das expressões direito natural, espírito da lei, equidade como se fossem sinônimo ou significando a mesma coisa, referindo-se aos princípios gerais do direito. No entanto, eles serão as regras mais gerais aos fundamentos para se apreender a ciência e a arte do direito, visto que, eles são fontes supletivas do direito positivado. Não se trata dos princípios gerais do direito nacional, mas sim dos elementos essenciais da cultura jurídica humana em nossos dias; das ideias e princípios que assentam o pensamento jurídico dominante, das induções e generalizações da ciência do direito enquanto técnica de identificá-los ou de criar, porque eles são vagos e indeterminados¹⁶⁵.

Todavia, autores renomados têm afastado a possibilidade de se confundir os princípios gerais do direito com o direito natural. Norberto Bobbio não deixa nenhuma

¹⁶⁴ HART - Herbert Lionel Adolphus - **O Conceito de Direito**, 2012, p. 355.

¹⁶⁵ BEVILAQUA, Clovis - **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 44.

dúvida dessa assertiva, afirmando que os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema. Chega mesmo a enfatizar, sem nenhum rodeio, que os princípios gerais são normas como todas as outras¹⁶⁶.

Da mesma forma, Jean-Louis nega a qualidade ou natureza de direito natural dos princípios gerais do direito, afirmando categoricamente se tratar de regras do direito objetivo, princípios esses dotados de um caráter generalizante, embora sejam menos rígidos e precisos do que as regras¹⁶⁷. Por fim, Tércio Sampaio também não admite que os princípios gerais do direito ostentem a natureza ou o status de direito natural e com ele não se confunde, já que eles representam o conjunto de todas as regras estruturais do sistema¹⁶⁸.

O direito natural decorre do desapego formal e material do ordenamento jurídico, governando-se pelas leis da divindade, da natureza e da própria natureza humana, que não quer se submeter às regras feitas por mãos de homens. Todavia, ele surge com maior aceitação entre os pensadores gregos como exigências éticas e racionais, superiores às do direito positivado ou histórico, desenvolvendo-se mais tarde em verdadeira teoria. A ideia de direito natural brilha de maneira extraordinária por meio do pensamento de Sócrates, Platão, e adquire plenitude sistêmica no pensamento de Aristóteles. O direito natural seria igual para todos os homens, não sendo um para os civilizados atenienses e outros para os bárbaros. Seguir a natureza é o primeiro dever do homem, pois equivale a viver segundo a razão¹⁶⁹.

Para aqueles defensores do direito natural, ele espelhava ou ainda espelha as esperanças e exigências da espécie humana de viver regida pela razão e de acordo com as virtudes mais elevadas, que alguns chamavam lei natural, a qual independia de sanção ou promulgação, por algum legislador para ter validade, porque não suportavam ou aceitavam as asperezas da lei positivada.

O direito natural, na doutrina de Santo Tomás de Aquino, seguia a ordem racional que Deus estabeleceu para o universo, o qual está bem ordenado e organizado no cosmos, o qual não é nenhum caos. À luz dessa concepção, a lei positiva estabelecida pela autoridade humana, competente, deve se subordinar à lei natural, a qual deveria se impor ao homem, por meio de imperativos éticos indeclináveis, seja pela razão humana seja pela razão divina. Aliás, era isso que apregoava Kant acerca das liberdades iguais,

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto - **Teoria Geral do Direito**, p. 309.

¹⁶⁷ BERGEL, Jean-Louis - **Teoria Geral do Direito**, p. 109.

¹⁶⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio - **Introdução ao Estudo do Direito**, p. 203-204.

¹⁶⁹ REALE - Miguel - **Lições preliminares de Direito**, p. 310-311.

segundo uma lei universal de liberdade, através da qual se toma consciência da dignidade ética, cujo imperativo maior, de posse da consciência de ser pessoa, deveria respeitar o seu próximo enquanto individualidade ou ser humano, dotado da mesma liberdade e igualdade¹⁷⁰.

Por fim, o jurista brasileiro Miguel Reale entende que os princípios gerais do direito decorrem do cerne do direito natural, por isso são comuns a todos os ordenamentos jurídicos. Contudo, é certo que ele não tem ocupado espaço no mundo moderno, o qual, na sua grande maioria, é regulado por Códigos e leis esparsas. Mas, o direito natural é bem mais dinâmico e adaptável às modificações da realidade social, enquanto que a lei só surge a partir do fato social relevante e bem sedimentado¹⁷¹.

3.8 - Pode ou deve-se falar em Princípios Gerais ou Princípios Comuns do Direito Civil?

Os princípios fundamentais do direito civil, consagrados pela doutrina, integram a Teoria Geral do Direito Civil português, estratificados em diferentes assuntos, cada um independente entre si, sendo grandes temas tipificados no Código Civil. Sequer os seus princípios, com segurança, podem firmar válidos para todos os ordenamentos jurídicos e em todas as épocas, notadamente porque o direito civil não regula todo sistema jurídico nacional.

Esses princípios jurídicos são os primeiros traços do sistema de direito civil, na medida em que podem se comunicar com outros ramos do Direito, traduzindo seu caráter geral e comum. Tratando-se de princípios básicos do direito civil, largamente desenvolvidos e difundidos pela doutrina, e até consagrados pela jurisprudência, muitos, porém, são representados por verdadeiras regras jurídicas, embora, alguns deles, naturalmente, tenham assentos na Constituição e outros são, nitidamente, pressupostos por alguma norma constitucional.

Os professores José de Oliveira Ascensão e Carlos Alberto da Mota Pinto, em suas Teorias Gerais do Direito Civil, consideram como princípios fundamentais do direito civil português oito grandes temas, sendo a maioria deles, senão todos, devidamente regulamentados e tipificados como grandes regras do Código Civil, ei-los:

- 1) - Reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade;
- 2) - Liberdade Contratual/ autonomia privada;

¹⁷⁰*Idem. Op. Cit.* p. 311-314.

¹⁷¹*Idem. Op. Cit.* p. 314.

- 3) - Responsabilidade civil;
- 4) – Boa-fé;
- 5) - Concessão da personalidade jurídica às pessoas coletivas;
- 6) - Propriedade privada;
- 7) - Relevância jurídica da família;
- 8) - O fenômeno sucessório.

A nossa problemática nos conduziu, necessariamente, a uma pesquisa doutrinária cuja finalidade fora imprimir algum elemento credível para formularmos uma conclusão acerca da natureza dos ditos princípios "fundamentais" do direito civil. Todavia, após estudarmos os princípios gerais do direito, poderemos cotejá-los com aqueles para extrairmos o fundamento científico, a partir da arte do direito ou do espírito do sistema, acerca da natureza dos princípios fundamentais.

José de Oliveira Ascensão afirma que o direito civil é regido por princípios comuns, embora alguns deles tenham assento na Constituição, mas, nem por isso ostentam o caráter de princípio fundamental de direito civil. A essência da teoria geral do direito traduz-se nos princípios do direito civil, os quais são princípios gerais de toda a ordem jurídica. Por isso, não tem sentido enumerá-los como princípios só desse ramo. Eles referem-se à ordem jurídica em geral, inclusive a todo o direito privado¹⁷².

Carlos Alberto da Mota Pinto, no meu entender, também se refere a meros princípios gerais que têm valor de fundamento, de sentido e de função de normas que os acolhem e desenvolvem. Tratando-se de princípios básicos de direito civil, aceitos e desenvolvidos por normas, estas lhes dão um sentido e assinala-lhes uma função. Constituem o sistema interno do nosso direito civil, por oposição ao sistema externo¹⁷³.

Por fim, é no âmbito do direito civil que se concentrarão os princípios, institutos e regulações que são comuns aos sub-ramos do direito privado, e que constituem os seus próprios fundamentos. Compõem o conteúdo fundamental do direito civil, sendo o ponto de partida para o Direito. Por conseguinte, em uma análise rápida do Código Civil, podemos extrair do seu cerne vários princípios gerais que se comunicam com os demais ramos do direito, tais como o da autonomia privada e da liberdade de contratar (vide art. 405 do CC); o da preservação da autonomia da instituição familiar e do efeito sucessório (vide art. 1576 do CC); o da Responsabilidade Civil (vide art. 483 do CC);

¹⁷² ASCENSÃO, José de Oliveira - **Teoria Geral. Introdução. As pessoas. Os Bens**, 2010. p.19, 25.

¹⁷³ PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**, 2005. p. 96-97.

da boa-fé (vide art. 762º-2 do CC); do não-enriquecimento sem causa ou ilícito (vide art. 473º-1 do CC); e da repulsa ao abuso de direito (vide art. 334 do CC)¹⁷⁴.

Mergulhando um pouco mais na exposição de motivos do projeto do Código Civil, dali se pode extrair o pensamento geral que orientou o legislador, no sentido de que ele constitui não só o repositório específico de toda legislação civil, mas também a matriz natural de todo o direito privado, disperso por vários diplomas legais, desde o código comercial, como as leis do trabalho e as do direito do autor até aos códigos do registro civil, predial e do notariado. Assim, se explica que as regras formuladas nos primeiros capítulos do Código, tendo sido diretamente direcionadas ao direito privado, elas se estendam, em princípio, a todos os outros ramos do direito. Disto resulta evidente que o Código Civil se assenta em princípios gerais expansivos a todo o ordenamento jurídico português¹⁷⁵.

Realmente, os ditos princípios "fundamentais" do direito civil são uma criação doutrinária importante, doutrina essa que passou a utilizar tal expressão a partir do final da década de (1970), mais precisamente por meio da obra de Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁷⁶, o qual apontava, desde 1972, sete temas aos quais chamou de "princípios fundamentais", porém, com escassa fundamentação jurídica e teórica a justificá-los como tal, senão vejamos:

"Tratando-se de princípios básicos do direito civil, aceites e desenvolvidos pelas normas, dando-lhe um sentido e assinalando-lhe uma função, naturalmente que encontrarão guarida na Constituição: alguns com expressa consagração, outros nitidamente pressupostos por algumas normas constitucionais.

Podemos considerar - e este elenco pretende apenas por em relevo os **princípios fundamentais** - sete ideias, princípios ou instituições que fundamentem o nosso atual direito civil, o penetram e são por ele desenvolvidos. Ei-los:

I - O reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade;

II - O princípio da liberdade contratual;

III - A responsabilidade civil;

IV - A concessão da personalidade jurídica às pessoas coletivas;

V - A propriedade privada;

VI - A família;

¹⁷⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Teoria Geral do Direito Civil**, 2012. p. 9.

¹⁷⁵ VARELA, João de Matos Antunes - **Do Projeto ao Código Civil**, 1966, p. 16-17.

¹⁷⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**, 1972, p. 93-94.

A ideia tomou corpo e se popularizou no meio jurídico e acadêmico, integrando obrigatoriamente os manuais da teoria geral do direito civil, inclusive com o adjetivo "fundamentais", embora, paradoxalmente, o ilustre doutrinador comece por falar em princípios básicos. Todavia, é de domínio público que o direito civil compreende cinco grandes sub-ramos do Direito, classificados de acordo com a natureza dos direitos subjetivos, tratados em cada um deles, como advertia Antonio da Silva Leal¹⁷⁷, ainda nos auspícios do Código de 1867, quais sejam: a) - direito de personalidade; b) - direito das obrigações ou de crédito; c) - direitos reais; d) - direitos de família; e) - direitos sucessórios.

No entanto, continuando a análise ao Projeto do Código Civil de 1966 não encontro nenhuma referência feita aos ditos "princípios fundamentais", especialmente na sua exposição de motivos. Ao contrário, fala tão somente em princípios ou princípios gerais, afirmando que os códigos não são meras exposições acadêmicas de princípios, pois a nova lei limitou-se a recolher uns tantos princípios que considerou aquisições definitivas da ciência jurídica, sem descurar grandemente da sua origem doutrinária¹⁷⁸. Logo, por evidente, não encontramos qualquer referência legislativa aos "princípios fundamentais", na arte ou no espírito do Código Civil de 1966, que vige até os dias de hoje.

Ao fim, relembremos Oliveira Ascensão para quem os princípios do direito civil são, na essência, princípios gerais de toda a ordem jurídica, tornando a replicar praticamente a mesma classificação feita por António da Silva Leal, lá no distante ano de 1965, dizendo que notadamente tem-se classificado os ramos do Direito Civil seguindo-se a classificação germânica, em consonância com a ideia geral que inspirou o legislador, a qual o divide em cinco grandes livros, a saber: 1) - Parte Geral do Direito Civil; 2) - Direito das Obrigações; 3) - Direito das Coisas; 4) - Direito de Família; e 5) - Direito das Sucessões.

Desde as primeiras edições da teoria geral do direito civil, do professor ASCENSÃO¹⁷⁹, este autor já contestava, desde então, a qualidade "fundamentalista" dos princípios do direito civil, por este ter sido sempre o ramo nuclear do Direito, que

¹⁷⁷ LEAL, ANTONIO DA SILVA - **Noções Fundamentais de Direito Privado**, 1965, p. 34.

¹⁷⁸ VARELA, João de Matos Antunes - **Do Projeto ao Código Civil**, 1966, p. 19-29.

¹⁷⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira - **Teoria Geral do Direito Civil**, vol. I. As Pessoas, 1984/85, p. 9, 19.

precedeu a evolução de todos os outros, não pode ostentar características individualizadas ou particularizadas, haja vista corresponder a todo o Direito, arrematando que:

"Na realidade, com estes pretensos princípios apenas se reproduzem as epígrafes dos vários ramos do Direito Civil, mas de modo algum um anunciado dos princípios caracterizadores. É matéria que nada tem a ver com uma disciplina de teoria geral do direito civil".

Finalizando a nossa problemática, podemos, então, considerar que os princípios referenciados pela Teoria Geral do Direito Civil, verdadeiramente, podem e devem ostentar a natureza de **Princípios Gerais do Direito Civil** ou simplesmente de meros **princípios**, que se comunicam com os demais ramos do direito, os quais são **comuns**, senão a todos os ramos, mas a sua grande maioria. Dentre os princípios gerais comuns podemos citar a boa-fé, a responsabilidade civil, a propriedade privada, a liberdade contratual, o direito de personalidade e a personalidade jurídica das pessoas coletivas, por constituírem aquelas regras oriundas da abstração lógica daquilo que constitui o substrato comum das diversas normas positivadas. Contudo, isto não lhes retirará o caráter essencial e nem a importância do direito civil, enquanto núcleo do direito privado, a regular a vida das pessoas.

3.9. Uso inadequado da terminologia

Após pesquisar e refletir sobre o tema, inevitável a constatação de que a Teoria Geral do Direito Civil passou a adjetivar os princípios gerais do direito civil como fundamentais de forma inadequada e imprópria, seja porque o Código Civil não fez nenhuma referência expressa, seja porque se exagerou no espírito interpretativo, indo muito além do pensamento do legislador. É verdade que a doutrina tem desempenhado, e ainda desempenha, um importante papel de inovação, interpretação, criação, de descoberta e divulgação do pensamento jurídico, contribuindo sobremaneira para a desenvoltura e aprimoramento do direito, mas deve ter como ponto de partida a arte da lei ou o ordenamento jurídico.

Também é verdadeiro que o jurista não está condicionado a uma camisa de força a lhe tolher a liberdade de manifestar-se, porque, ainda que isso ocorresse, sua mente seria livre para expressar o seu pensamento. Não defendemos a censura e nem o

amordaçamento da liberdade de expressar o pensamento, todavia, a importância demasiada que se atribuiu aos princípios gerais do direito civil português fugiu à razoabilidade, e não se conteve dentro dos parâmetros traçados pelo espírito do Código Civil, pelo ordenamento jurídico e nem se conteve ao espírito do sistema.

Contudo, o fato é que a teoria geral do direito civil carrega em si uma imperfeição ou incorreção conceitual, a qual nos chamou a atenção e, através da pesquisa, identificamos e comprovamos tal imperfeição técnica. No entanto, a doutrina também tem contribuído fortemente com este pensamento, ramificado nesse conceito impróprio, usado para identificar os chamados princípios gerais do direito civil, eis que foi a partir dela que surgiu a adjetivação incorreta, imprecisa e inadequada aqui constatada, o que tornou ainda mais difícil a nossa tarefa, principalmente porque a unanimidade da doutrina não dissente ou nunca dissentiu do conceito errôneo, e nem buscou aprofundar-se no tema para certificar-se acerca da sua cientificidade.

O direito civil merece e exige um rigor conceitual mais preciso da sua doutrina, não só por ser a Constituição do direito privado a governar os particulares, mas por se comunicar ou dialogar com a grande maioria dos demais ramos ou sub-ramos do direito. Por isso, deve-se ter o cuidado de se compartilhar conhecimento novo nessa área, regado à maior certeza conceitual possível, pois será na fonte do direito civil que os demais ramos do direito irão haurir conhecimentos diretos ou subsidiários para suas inquietações, vazios e lacunas. Em decorrência, deve-se harmonizar as vias lacunosas da lei com uma interpretação segundo o sentido próprio de suas palavras, os antecedentes histórico e legislativo da norma, a realidade social do tempo em que há de ser aplicada, a fim de manter equilibrado o pensamento jurídico, sem provocar uma ruptura sistêmica a ponto de desnaturar a norma, atendendo fundamentalmente ao seu espírito e sua finalidade.

3.9.1) - A importância de se promover a alteração

A academia é o ambiente adequado para se promover mudanças e transformações no tecido social e jurídico de um país. É nela que se promove a reflexão de ideias e forja o pensamento científico em bases sólidas. Contudo, não é nada fácil mudar comportamentos ou regras que carregam em si uma forte tradição de determinado pensamento. O homem, não raro, tem fortes resistências ao novo, porque

acostumado a viver de determinada maneira, muitas vezes não quer abrir mão do seu conforto ou bem-estar em nome da ciência.

Cabe à doutrina buscar cientificidade para os institutos jurídicos que têm origem em seus comentários, suas descobertas e inovações. Primeiro porque se trata de institutos próprios do direito civil, vinculados à teoria geral do direito civil, mais especificadamente aos seus princípios.

O privilégio de fomentar e divulgar conhecimento novo traz em si a responsabilidade de fazê-lo com maior rigor técnico/científico, com dado grau de segurança jurídica na precisão terminológica e na profusão do direito. Por conseguinte, o novo pensamento deve nos conduzir a um caminho seguro, equilibrado e racional, especialmente porque estaria formando novas gerações com tais ideias, as quais irão reproduzir ou difundir o conceito que lhes foi repassado: correto ou incorreto. Por isso, a densidade de se promover a alteração terminológica em algo já sedimentado exige e requer humildade, coragem, sobriedade e, acima de tudo, deve guardar fidelidade com a interpretação dos textos legais, sem desconfigurá-los, a ponto de descaracterizar completamente o seu sentido e espírito.

É a partir de uma interpretação originária, racional e inteligente que se conceberá conceito doutrinário novo, mais afeto à verdade jurídica, o qual deve vir carregado de fundamentação teórica credível, tornando claro e evidente que o conceito apresentado à comunidade jurídica seja fiel ao espírito do ordenamento jurídico, às suas bases científicas e ao habitual senso de promover um caminho palatável, lapidado pelo rigor conceitual, ainda que seja apenas em relação a uma única palavra mal empregada e sintonizada em um contexto que, embora possa inspirar precisão, certeza e fidelidade, contudo, é capaz de conduzir o aprendiz, o jurista ou o intérprete a uma falsa realidade.

A interpretação deve buscar o pensamento do legislador, visto que, em última *ratio*, o pensamento materializado na norma representa não o pensamento particular, individual e egoísta do legislador, pois, enquanto representante do povo, fala em seu nome e exerce o poder legiferante também em nome do povo, em sociedades democráticas, como dita a CRP em seu art. 3º-1, ou seja, o poder emana do povo e, em seu nome é exercido. Somente assim se pode admitir obediência à vontade soberana da Constituição e, por conseguinte, à lei, a qual todo cidadão deve submissão.

Desta forma, ainda que se faça uma interpretação desgarrada da "*mens legis ou da mens legislatoris*", o jurista não poderá deixar de observar o seu dever de submissão à ordem legal, mormente à lei das leis: a Constituição. Nisso se harmonizará o "poder

emana do povo" como algo concreto, eficaz e atual, pois não se reduzirá a uma cláusula constitucional insignificante, vazia de conteúdo e sem propósito, como muitos pensam. Não é uma moldura estática a enfeitar paredes e gabinetes.

A norma constitucional deve nortear todo o sistema jurídico, ainda que de forma indutiva e principiológica. Interpretar é buscar o significado e o sentido da norma. É atingir a sua essência, extraindo-se dela o seu alcance e o seu real conteúdo, sem deformar ou defraudar o espírito do sistema de que faz parte. É, em última *ratio*, identificar o espírito ou razão da norma. Por isso, ela deve ser sempre precisa, clara e certa no seu conteúdo e alcance, para evitar discussões filosóficas intermináveis e interpretações desfocadas e apressadas.

O campo mais fértil para haver interpretação da lei somente poderá ocorrer em suas lacunas e omissões, hipóteses em que o intérprete estará legalmente autorizado a utilizar dos meios integrativos, como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, já que, os tribunais não poderão abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegarem dúvidas insanáveis acerca dos fatos em litígio.

Assim, o melhor método é mesmo aquele apontado pelo art. 9º do CC, aliás, sua inteligência acomoda-se, como uma luva, ao que afirmamos alhures sobre a soberania popular, segundo o qual a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir, a partir dos textos, o pensamento legislativo tendo, sobretudo, em conta, a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

Aqui, a norma atribui uma entonação subjetivista/atualista à interpretação, pois extraio claramente dela referências ao **método gramatical**, ao **método histórico**, ao **método sistêmico**. Este último método considera as demais disposições legais que regulam a mesma matéria e em cujo conjunto se integra a norma interpretada (contexto da lei), as disposições que regulam matérias equivalentes ou afins, e a localização da norma no ordenamento global e a sua consonância intrínseca com os demais elementos normativos.

O **método teleológico ou racional**, o qual permite a identificação e a razão de ser ou o espírito da lei (*mens legis*), constituindo o elemento que estabelece a ligação entre a lei e a vida real, conferindo-lhe um caráter atual e contemporâneo, por considerar não só o momento da elaboração da norma, mas, sobretudo, as respectivas circunstâncias políticas, sociais, econômicas etc, aspectos que seguem a tradição jurídica da Europa continental, que considera o Direito na perspectiva do legislador,

ainda assim, não se garroteia ou sufoca a sobrevida do direito legislado, o qual passa a respirar por pequenas janelas chamadas de interpretações jurídicas¹⁸⁰.

A doutrina e a jurisprudência precisam adotar em suas criações e dilações um discurso credível, regado ao menos a uma correspondência verbal do instituto, da regra ou da lei que pretendem interpretar. As suas manifestações devem guardar estreita consonância com um mínimo de cientificidade, suficiente para dar uma conotação mais racional ao instituto que pretende investigar, desbravar, comentar ou acrescentar a ele algo novo ou que estava encoberto.

Ainda que não se possa e nem se queira engessar o pensamento doutrinário, como se fosse mera regra, também não se pode deixar de fazer a ele uma crítica de conteúdo, quando extrapolar os limites do razoável, do lógico e da razão, porque inovar é parte do seu mister, contudo, sempre deve partir da lei como ponto comum para criar e chegar a uma conclusão racional ou inovadora. Muitas vezes, o doutrinador vê em uma palavra algo de extraordinário e inovador que as pessoas comuns não percebem e não imaginavam. Por isso, o pensamento doutrinário é sempre dinâmico e está em constante evolução.

Com esse novo olhar se manipula muito bem o direito de expressão de manifestação do pensamento doutrinário, enquanto ferramenta fundamental que lhe resguarda a liberdade de expressar-se, todavia, nela vem gravada também a responsabilidade de expressão, guiada pelo senso comum e pelos valores da comunidade em que se vive. Assim, vão se tecendo a cidadania de expressão, sustentada por três pilares: direito, dever e responsabilidade.

Propor mudanças no pensamento cristalizado e fermentado há várias gerações não escapa, à primeira vista, a um olhar desconfiado e incrédulo. No entanto, cabe à ciência jurídica, estimulada pela força revolucionária da academia, chacoalhar tal pensamento dando conta da existência de uma nova onda que desponta no horizonte, a fim de proporcionar novos debates e, até submetê-la à moinha crítica, do conhecimento e da própria ciência jurídica, para prová-la e dela extrair alguma verdade ou inverdade.

Buscou-se demonstrar, ao longo deste trabalho, que a terminologia utilizada pela teoria geral do direito civil, em sua quase unanimidade, está equivocada quanto à afirmação de fundamentalidade dos seus princípios, porquanto, ao fim e ao cabo, a investigação nos conduziu para outra dimensão, tornando-se manifesto que a grande

¹⁸⁰ FERREIRA, António Pedro A. - **A Determinação da Solução Jurídica**, p. 305-307. In Introdução ao Direito, 2016.

maioria dos princípios é comum aos demais ramos do direito, os quais não possuem um rol taxativo ou exemplificativo no Código Civil, aliás, muitos deles são grandes regras.

Disso decorre a importância de se promover a alteração aqui sugerida, sustentada na vontade de contribuição para se obter maior precisão conceitual nos ditos "princípios fundamentais do direito civil", porque, desde o projeto do Código Civil, restou clara a intenção de o legislador não prover o direito civil de princípios fundamentais ou de princípios próprios, ao contrário, percebe-se a firme intenção de promover maior elasticidade a esse importante ramo do direito, introduzindo nele "princípios gerais", os quais poderiam se comunicar com todos os demais ramos do direito nacional, ressurgindo vantajoso se operar a propalada alteração terminológica.

3.9.2) - Vantagens e desvantagens da alteração terminológica

A intenção de se aprimorar o pensamento da teoria geral do direito civil português terá o mérito de promover ou fomentar um novo debate científico, com o propósito de aperfeiçoá-lo e melhorá-lo, enquanto campo do saber. Por isso, não se poderá ou não se deve ojerizá-lo, rotulando-o como ideia canhestra e absurda, tão somente porque não se quer ou não se pretende confrontar o antigo pensamento com o alvorecer de uma nova ideia, firmada em bases sólidas do conhecimento contemporâneo.

A precisão conceitual que se defende no enunciado investigado, como meio de interlocução de expressão da comunicação e da liberdade do pensamento, é outro ponto positivo que se acrescenta, porquanto há de motivar a alteração terminológica aqui proposta, notadamente porque a literatura jurídica reclama simplicidade e precisão na escrita, promovendo um diálogo limpo com o leitor, sem quaisquer ruídos. A fala, embora escoreita, há de ser precisa na informação da comunicação, inclusive na área jurídica.

O mundo globalizado que vivemos é um fomentador do pensamento científico, por isso, o direito à informação precisa, clara e indubitável deve permear as relações pessoais, interpessoais e até intercontinental.

O conhecimento globalizado tende a favorecer a crescente divergência de ideias, o surgimento de novos valores, promovendo uma nova quadra de conhecimentos, os quais despontam como imaterial e sem fronteiras. Disso exsurge que o ambiente ou habitat natural para ele proliferar e se estabelecer – conhecimento globalizado - por

representar um olhar apto a reconhecer novos valores, somente poderá florescer no âmbito da academia, única capaz de fomentar novas ideias, despidas de ideologias e preconceitos, por simbolizar, verdadeiramente, o berço do conhecimento filosófico, científico, jurídico, moderno e contemporâneo. Portanto, as vantagens decorrem do descortinar do véu que dantes estava posto, o qual possibilitava uma visão distorcida da realidade.

Por outro lado, a desvantagem será de não se promover uma renovação no pensamento doutrinário cristalizado há décadas, apesar de se constatar e comprovar existir nele dada imperfeição, a qual está comunicando à comunidade jurídica um aprendizado envolto a uma imprecisão conceitual. Sempre deve haver uma porta ou uma janela para a renovação do pensamento doutrinário e, por conseguinte, do Direito posto, a qual, ao seu tempo, soprará novos ventos para melhor aparelhá-lo e atualizá-lo, sob pena de ficar cativo do sectarismo. Com certeza será um ponto negativo atrofiar o desenvolvimento da ciência jurídica.

Também se deve evitar o preconceito intelectual, próprio e peculiar à academia e de autores apressados, ao emitirem suas opiniões, não raro sem profundidade e sem antes debulharem o que se disse e como se disse, além, é claro, de inteirarem-se do próprio conteúdo doutrinário que se pretende inovar. É sempre repugnante sufocar o surgimento de um novo pensamento jurídico por meio do preconceito expresso ou velado, pois, estar-se-ia patrocinando a morte súbita de um alvorecer doutrinário, o qual pode contribuir como uma força auxiliar ao aprimoramento da doutrina e do próprio direito interno, ainda que seja apenas quanto a uma palavra mal posta na teoria geral do direito civil.

3.9.3) - Contributo à ciência jurídica

A pesquisa tende a oferecer como contributo à ciência jurídica a revelação de a teoria geral do direito civil carregar em suas entranhas uma imperfeição decorrente de uma adjetivação mal posta e inadequada aos seus princípios. Para tanto, buscou-se o balizamento em farta doutrina, dando conta da inexistência de alguma fundamentalidade nos ditos princípios do direito civil português. Doravante, a ciência jurídica poderá dispor de mais um pensamento credível e científico para contrapor à errata existente na titulação dos princípios dessa teoria, porque passará a ter argumentos suficientemente plausíveis, afirmando que o direito civil não dispõe de princípios fundamentais, mas de

princípios gerais/comuns, ou de simples regras importantes, esparsamente e objetivamente postas no Código Civil, como grandes vasos comunicantes.

Viabilizar, no âmbito da academia, o começo de uma discussão sobre o assunto, decerto, já será um contributo à ciência do saber, haja vista possibilitar um novo olhar ou uma nova percepção acerca da falta de fundamentalidade dos princípios do direito civil, porquanto se pretende instigar a curiosidade do jurista, da nova percepção, a promover uma revisão conceitual das bases da teoria geral do direito civil, mesmo que seja de apenas uma palavra, com o intuito de propiciar uma difusão correta do saber, compromissada com uma interpretação fidedigna ao espírito da lei, do sistema ou, ao menos, nele instituir - no pensamento doutrinário - alguma correspondência verbal com o ordenamento jurídico, notadamente com o Código Civil.

O pensamento científico que ora descortina, ao apontar uma imprecisão na teoria geral do direito civil, há de acomodar-se aos bancos do saber jurídico, como início de um ensaio responsável, suficientemente sério e capaz de promover maior discussão acerca do tema, ensejando novas oportunidades para corroborá-lo, por meio de novas pesquisas ou, simplesmente, como desafiador de um pensamento cativo, tradicional e cristalizado no tempo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos investigar se havia alguma fundamentalidade nos princípios do direito civil, haja vista ser de majoritária aceitação a adjetivação de “fundamentais” pela doutrina portuguesa. Para tanto, fizemos pesquisas nas mais variadas doutrinas, nacional e estrangeira, para apreendermos sobre a possibilidade da existência ou não do direito civil possuir princípios fundamentais. Chegamos, inclusive, a pesquisar no próprio projeto do Código apresentado à Assembleia da República.

Para atingirmos o nosso objetivo, elaboramos a pesquisa em três capítulos. No primeiro, dissertamos sobre o direito constitucional e o direito civil, para tornar clara a submissão que este deve guardar em relação aquele. No segundo capítulo, enveredamos pelos princípios fundamentais, investigando a sua origem e seu berço natural, fazendo, ainda, considerações sobre princípios e regras. Em decorrência, não deixamos de falar em colisão entre regras, cuja solução resolve-se pela decretação da invalidade de uma delas ou com a criação de uma cláusula de exceção, embora haja autores que admitem a possibilidade de existir colisão entre elas.

Demonstramos algumas características dos direitos de personalidade e fundamental e, por fim, a relação entre ambos. No último capítulo, dissertamos sobre os princípios gerais do direito, sua generalidade e alcance, classificação, função e aqueles escritos e não-escritos, a diferença entre princípios e regras, sua relação com o direito natural. Falamos, ainda, sobre os princípios gerais na União Europeia.

Ainda no capítulo três, discorremos sobre o uso inadequado da terminologia “fundamentais” aplicada pela teoria geral do direito civil. A importância de se promover a alteração conceitual, as vantagens e desvantagens da alteração sugerida e o contributo à ciência jurídica. Tudo isso para encontrarmos resposta para nossa problemática: **existe alguma fundamentalidade nos princípios fundamentais do direito civil, ou pode ou deve-se falar em princípios gerais ou comuns do direito civil?**

Estudamos que os princípios indicam fins, estados ideais a serem alcançados. Como a norma não detalha a conduta a ser seguida para a sua realização, a atividade do intérprete será indutiva e complexa, pois a ele caberá definir a ação a ser tomada ou seguida. Um princípio, por possuir um núcleo essencial, tem um sentido e alcance maior que as regras. No entanto, a partir de determinado ponto, ingressa-se em um espaço de

indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção subjetivista, atual, ideológica ou filosófica do intérprete.

Princípios contêm, normalmente, maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos¹⁸¹.

Assim, concluímos o Capítulo I desta dissertação, afirmando que mesmo sendo o Código Civil a constituição do cidadão comum, será no direito constitucional, *prima facie*, que deve ser baseada toda a interpretação do direito privado, principalmente quanto aos princípios e valores constitucionais, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual tem assento no art. 1º da CRP, sendo um valor supremo da república portuguesa, de obrigatória incidência em todo o ordenamento jurídico, em nome e em respeito ao princípio do primado da Constituição. Enquanto criatura, o Código Civil não poderá rebelar-se contra o seu criador, buscando ocupar o seu lugar e sua importância, haja vista estarem em dimensões diferentes, separadas por degraus hierárquicos diferenciados pelo campo de importância e atuação de cada um.

No Capítulo II, pesquisamos o Código Civil português, porém, não encontramos nele nenhuma referência a um feixe de princípios fundamentais como prelecionado pela doutrina, ao contrário, deparamo-nos com regras esparsas, importantes, que a doutrina selecionou e as batizou de princípios fundamentais. Os oito temas eleitos como fundamentais aparecem como regras compartimentadas e separadas por assunto ou matéria no Código Civil.

Por conseguinte, os princípios fundamentais, por evidente, decorrem da Constituição, dos Tratados Internacionais, dos Direitos Fundamentais e da Lei. Feitas estas considerações, resta evidente que os princípios fundamentais do direito civil não expressam a ideologia política própria dos princípios fundamentais, sequer podem ser considerados como "princípios-garantia". Logo, não ostentam a qualidade especial de fundamentais.

Enfim, no Capítulo III, percebemos que os princípios referenciados pela teoria geral do direito civil verdadeiramente ostentam a natureza de **Princípios Gerais do Direito Civil**, ou simplesmente de meros princípios, que se comunicam com os demais ramos do direito, os quais são comuns, senão a todos eles, mas à sua grande maioria.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto - **O Novo Direito Constitucional brasileiro**, 2013, p. 150-152.

Após a nossa pesquisa e reflexão sobre o tema, inevitável a constatação de que a teoria geral do direito civil passou a adjetivar os princípios gerais como fundamentais, de forma inadequada e imprópria, seja porque o Código Civil não fez nenhuma referência expressa a eles, seja porque a doutrina exagerou no seu espírito interpretativo, indo muito além do pensamento do legislador. Contudo, é fato que a teoria geral do direito civil carrega em si uma incorreção conceitual, a qual nos chamou a atenção e, através dessa pesquisa, identificamos e comprovamos tal imperfeição técnica.

Das nossas considerações finais, ressaltamos evidente e solar que a doutrina civilista apropriou-se indevidamente de terminologia inerente, peculiar e exclusiva do direito constitucional ao batizar de "fundamentais" seus próprios princípios, embora sejam matérias de grande relevância para o direito privado, porém, não ostentam a qualidade e nem a condição de princípios fundamentais.

Sequer são considerados direitos fundamentais de 1ª, 2ª ou 3ª geração, porque são destituídos de relação de poder, não tendo o Estado como algoz, porque decorrem de relação entre particulares, a qual se orienta pelo princípio de igualdade, sendo mera criação doutrinária importante, porque são, verdadeiramente, grandes regras do ordenamento jurídico português, porque todas guardam assento no Código Civil, embora dentre elas haja alguma ramificação na Constituição.

Contudo, a falta de fundamentalidade não lhes retira o seu caráter essencial para o direito civil, enquanto núcleo do direito privado a regular a vida das pessoas. Por derradeiro, a falta de fundamentalidade dos ditos "princípios fundamentais" do direito civil não decorre, tão somente, de alguns deles possuírem assento na Constituição. Não raro, a constitucionalização de regras do direito civil tende a fomentar excessiva litigiosidade, agravando ainda mais a evidente crise da Justiça.

Por outro lado, o estudo paradigmático da matéria cabe necessariamente ao direito civil, enquanto núcleo do direito privado, berço natural e originário do direito de personalidade, pois é o seu hábitat, o que exclui a condição de fundamentais dos princípios do direito civil. Todavia, isso não impede que alguns deles possam ostentar a qualidade de princípios constitucionais. Por outro lado, o exagero da Constituição faz com que muitas de suas previsões sejam casuais, não existindo, na realidade, nenhum princípio fundamental de Direito Civil¹⁸².

¹⁸²ASCENSÃO, José de Oliveira - **Teoria Geral. Introdução. As pessoas. Os Bens**, 2010, p.25.

Oportuno lembrar que desde as primeiras edições da teoria geral do direito civil, do professor ASCENSÃO, este autor tem contestado a qualidade "fundamentalista" dos princípios do direito civil, embora acolhida pela maioria da doutrina portuguesa, isto porque, sendo ele ramo nuclear do direito privado, precedeu a evolução de todos os demais ramos. Desta forma, os princípios não podem ostentar característica individualizada ou particularizada, haja vista corresponder a todo o Direito. Na realidade, com estes pretensos princípios, apenas se reproduzem as epígrafes dos vários caminhos do direito civil, mas de modo algum um anunciado de princípios caracterizadores. É matéria que nada tem a ver com a disciplina da teoria geral do direito civil¹⁸³.

Finalizo esta problemática reafirmando que os princípios do Direito Civil são, na essência, princípios gerais de toda a ordem jurídica portuguesa. Por isso, não tem sentido enumerá-los como princípios exclusivos desse ramo. Eles referem-se ou à ordem jurídica em geral, ou a todo o direito privado, notadamente porque a classificação adotada, pelo direito civil, tem sido a germânica, a qual é dividida em grandes livros do Código Civil a saber: Parte Geral do Direito Civil; Direito das Obrigações; Direito das Coisas; Direito de Família; e Direito das Sucessões¹⁸⁴.

¹⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira - **Teoria Geral do Direito Civil**, vol. I. **As Pessoas**, 1984/85, p. 9

¹⁸⁴ *Idem* - *Op. Cit.* p.19.

FONTES

FONTES DOCUMENTAIS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, anot. – **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4.^a ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-85-203-3044-9.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. - 3^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-63-46-1.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. - 41^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-06652-6.

CÓDIGO Civil. - 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6326-3.

CÓDIGO Civil espanhol. - 5^a ed. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2017. ISBN 978-84-16924-87-5.

CÓDIGO do Trabalho. - 3^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6895-4.

CÓDIGO de Processo do Trabalho. - 3^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6895-4.

a) - Internet:

CODIGO Civil. [Em linha]. Brasil. [Consult. 25 de agosto 2016]. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br>.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo - **O princípio do retrocesso e sua função protetora dos direitos fundamentais**. [Em Linha]. p, 279. [Consult. 25 de dezembro de 2015]. Disponível em <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/viewFile/906/521>.

ROUSSEAU, Jean-Jacques – **Discurso da Origem da Desigualdade entre os homens, e se é autorizada pela Lei Natural**. [Em Linha]. p. 41. [Consult. 30 de outubro de 2017]. Disponível em <https://www.livrosgratis.com.br>.

VICTORINO, Fábio Rodrigo - **Proporcionalidade e o Princípio Formal da Competência Decisória do Legislador**. [Em Linha]. p, 11. [Consult. 28 de dezembro de 2015]. Disponível em: <https://br.search.yahoo.com/search?p=Proporcionalidade+e+o+princ%C3%ADpio+formal%2C+Victorino+f%C3%A1bio+rodrigo&ei=UTF-8&fr=moz35>.

b) - Revista:

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - Do Direito privado como Direito comum português. **O Direito**, Lisboa, 2005, Ano 137, p. 9-55.

MORAES, Maria Amália Dias de - A Constituição e o Direito Civil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, 1993, v. 20, n. 48, p. 48-54.

MIRANDA, Jorge - Controle da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais. **Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 6, n. 21. Rio de Janeiro, 2003. (Conferência proferida em 21 agosto de 2002), p. 61-84.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira - Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, 1996, Ano 29, n. 29, p. 147-172.

SILVA, José Afonso da - Os Princípios Constitucionais Fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out./dez.1994, p. 17-22.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**: tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2011. ISBN 978-85-392-007-3.

_____ - **Constitucionalismo Discursivo** - tradução de Luís Afonso Heck - 3ª ed. rev. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2011. ISBN 978-85-7348-728-2.

AMARAL, Diogo Freitas do - **Manual de Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-2378-6.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed.

ASCENSÃO, José de Oliveira – **Teoria Geral, vol. 1: Introdução. As Pessoas. Os Bens**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN: 978-85-02-10296-5. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4669-3.

_____ - **Teoria Geral, vol. 1: Introdução. As Pessoas**. Lisboa, 1984/1985.

_____ - **Teoria Geral, vol. 2: Ações e Fatos Jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN. 978-85-02-10298-9.

ÁVILA, Humberto - **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. ISBN 978-85-392-0280-5.

BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora** - 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 85-02-04214-9.

_____ - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-19995-8.

_____ - **O Novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. ISBN 978-85-7700-640-3.

BERGEL, Jean-Louis - **Teoria Geral do Direito**; tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. ISBN 85-336-2176-0.

BEVILAQUA, Clovis - **Código Civil comentado**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959.

_____ - **Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

BOBBIO, Norberto - **Teoria Geral do Direito**: tradução Denise Agostinetti, revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ISBN 978-85-61635-64-0.

BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRUTAU, José Puig - **Compendio de Derecho Civil**, vol. I. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S/A, 1987. ISBN 84-7676-068-X.

_____ - **Fundamentos de Derecho Civil**. 2ª ed. Barcelona: Bosch Editora, 1989. ISBN 84-7676-134-4.

CANARIS, Claus-Wilhelm – **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: tradução Ingo WolfGangSarlet e Paulo Mota Pinto. 4ª reimp. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-1982-6.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

_____ - **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991. ISBN 972-32-0474-6.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme - **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. ISBN 978-85-7700-414-0.

CUNHA, Paulo Ferreira da - **Direitos Fundamentais: fundamentos & direitos sociais**. Lisboa: Quid Júris, 2014. ISBN 978-972-724-682-3.

CUNHA, Sérgio Sérulo da - **Princípios Constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-16982-1.

DOTTI, René Ariel - **Declaração Universal dos Direitos do Homem. 50 anos e notas da legislação brasileira**. Curitiba: JM Editora, 1998.

DRAY, Guilherme Machado - **Direito de Personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 978-972-40-2801-9.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**: tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. ISBN 978-85-7827-251-7.

FALCÃO, José Diogo; CASAL, Fernando; OLIVEIRA, António Sarmiento de; CUNHA, Paulo Ferreira da - **Noções Gerais de Direito**. Lisboa: Calendário de Letras, 2014. ISBN 978-989-765-022-2.

FERNANDES, Luis Alberto Carvalho - **Teoria Geral do Direito Civil: introdução, pressupostos da relação jurídica**. 6ª. Lisboa: Universidade Católica, 2012. ISBN 978-972-54-0361-7.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio - **Introdução ao Estudo do Direito**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-85-970-0445-8.

FERREIRA, António Pedro A. - A Determinação da Solução Jurídica, p. 305-307. In **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6474-1.

FIUZA, César - **Direito Civil: Curso Completo**. 16ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. ISBN 978-85-384-0290-9.

FONTES, José - **Teoria Geral do Estado e do Direito**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-32-2279-1.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximiliano Cláudio Américo - **Dicionário Jurídico: matéria por matéria**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. ISBN 978-85-392-0018-4.

GALVANI, Leonardo - **Personalidade jurídica da pessoa humana: uma visão do conceito de pessoa no Direito Público e Privado**. Curitiba: Juruá, 2010. ISBN 978-85-362-2841-9.

GOMES, Orlando - **Contratos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GOUVEIA, Jorge Barcelar - **Manual de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual., vol. II. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5394-3.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri - **Dicionário Técnico Jurídico**. 19ª ed. São Paulo: Rideel, 2016. ISBN 978-85-339-3757-4.

HART - H. L. A - **O conceito de direito**: traduzido por Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. ISBN 978-85-7827-096-4.

HOUAISS, Antonio; Vilar, Mauro de Salles - **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. ISBN 978-85-7302-963-5.

KELSEN, Hans - **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN 978-85-336-2393-4.

_____ - **Teoria Pura do Direito**. 3ª ed. revisão da tradução de J. Cretella JR e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ISBN 85-2032331-6.

_____ - **Teoria Geral do Direito**. 5ª ed. tradução de Luis Carlos Borges - São Paulo: Martins Fontes, 1990. ISBN 978-85-8063-266-8.

LASSALLE, Fernando - **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013. ISBN 978-85-375-2281-3.

LAUREANO, Abel - **Teoria Fundamental do Direito. Introdução. Componentes do Direito**, vol. I. Porto: Legis Editora, 2012. ISBN 978-989-730-003-5.

LEAL, Antonio da Silva - **Noções Fundamentais de Direito Privado**. Lisboa: Instituto de Novas Profissões, 1965.

LEITÃO, Luís Menezes - **Direito do Trabalho**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6734-6.

MENDES, Gilmar Ferreira - **Jurisdição Constitucional**. Brasília: Editora IDP, 2012. ISBN 978-85-65604-07-9.

MENDES, Gilmar Ferreira - **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-13426-3.

_____ - **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-1506-0.

MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição**. Tomo VI, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978- 972-32-2118-3.

_____ - **Manual de direito constitucional**, Tomo II, Constituição. 4ª ed. Lisboa: Coimbra, 2000. ISBN 972-32-0954-3.

_____ - **Teoria do Estado da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. ISBN 978-85-309-3376-0.

_____ - **Manual de direito constitucional**, Tomo IV, **Direitos Fundamentais**. 4ª ed. Lisboa: Coimbra, 2008. ISBN 978-972-32-1613-4.

_____ - **Curso de Direito Constitucional: Estado e constitucionalismo. Direitos Fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica, 2016. ISBN 978-972-54-0512-3.

_____; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato, organizadores - **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-7134-8.

NEVES, Marcelo - **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. ISBN 978-85-7827-850-2.

PAIS, Sofia Oliveira - **Direito da União Europeia: legislação e jurisprudência fundamentais**. 2ª ed. Lisboa: QJ. Sociedade Editora Ltda, 2016. ISBN 978-972-724-632-8.

_____ - **Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia: Uma abordagem jurisprudencial**. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4500-9.

PEREIRA, Antonio Pinto - **Princípios Gerais de Direito**. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-32-2111-4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª ed.vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-6877-9.

PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-32-1325-7.

_____ - **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra, 1972-73.

QUADROS, André Gonçalves Pereira Fausto de - **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª ed. rev. e aum. 11ª reimp. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-0868-4.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Tratado de Direito do Trabalho**. 4ª ed. rev. e atual. Parte I. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6159-7.

REALE, Miguel - **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 978-85-02-04126-4.

SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. ISBN 85-7348-367-9.

SILVA, Rui Gomes Da; SILVA, Miguel Medina - **Teoria Geral do Direito Civil**. Lisboa: Ancora Editora, 2010. ISBN 978-972-978-266-1.

SOUSA, Domingos Pereira - **Noções Fundamentais de Direito**. Lisboa: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2194-7.

SUPREMO Tribunal Federal – ARE n. 661.861/RJ, publicado no DJe de 24.6.2014. Relator Min. Ricardo Lewandowski.

SUPREMO Tribunal Federal - MS n. 22.164-0/SP, publicado no DJ de 17.11.1995. Relator Min. Celso de Mello.

TRIBUNAL de Justiça de Minas Gerais - Acórdão 1.0024.06.025798-7/001, 13ª Câmara Civil. Relatora Claudia Maia, publicado no DJMG de 25.05.2007.

VARELA, João de Matos Antunes - **Do Projeto ao Código Civil**. Lisboa: Imprensa Nacional de Lisboa, 1966.

VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Teoria Geral do Direito Civil**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-5011-9.

_____ - **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-2994-8.