

## *Princípios e processo civil*

LUÍS CORREIA DE MENDONÇA\*

«Nasceu assim uma nova religião – a religião dos princípios. E tal como na antiguidade, em que a mão invisível dos Deuses tudo explicava e tudo fundamentava, agora são os princípios que tudo desejam erguer»

RÚBEN RAMIÃO, “A Teoria dos Princípios”,  
*O Direito*, ano 146.º, IV, 2014:1030

«Os nossos tribunais estão a enveredar pelo caminho perigoso de resolver as questões de direito ao sabor das *impressões* do caso concreto. O direito perde assim toda a certeza, as situações jurídicas toda a segurança»

PAULO CUNHA, “Jurisprudência crítica: Seguro postal contra perda total dos valores seguros – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de fevereiro de 1939”, *O Direito*, ano 71.º: 10,1939: 300

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Criaturas deônticas: regras e princípios*. 3. *Os princípios são normas jurídicas multiuso*. 4. *Crítérios de distinção entre regras e princípios*. 5. *O neoconstitucionalismo e a Drittwirkung: novos paradigmas para novos princípios*. 6. *A génese dos princípios jurídicos no processo civil moderno*. 7. *Os princípios na codificação do processo civil português*. 8. *Os princípios internacionais, europeus e constitucionais do processo*. 9. *Cinco razões contra o jusmoralismo «pós-moderno»*: 9.1. *Desaparecimento da factispécie*; 9.2. *Incalculabilidade do direito*; 9.3. *Absolutismo axiológico*; 9.4. *Balança inexistente e espada esquecida*; 9.5. *Activismo judiciário*. 10. *Conclusão*.

\* Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Lisboa.

## 1. Introdução

Em 1946, quando estavam a decorrer os trabalhos de revisão do Código Civil de 1867, Adriano Vaz Serra publicou um artigo em que deu conhecimento público de certas ideias relacionadas com estes trabalhos<sup>1</sup>.

Aquela revisão foi entregue a uma Comissão presidida pelo próprio Vaz Serra, a qual começou por aprovar o seu regulamento e fixar alguns princípios orientadores da tarefa dos seus vogais.

De entre os pontos versados, discutiu-se no ponto z), quanto à técnica do Código, se «o Código deverá ser tão completo quanto possível ou limitar-se à fixação de regras gerais?»

«Resolveu-se que seja o mais completo possível nas matérias que constituem o núcleo fundamental do direito civil, dada a vantagem da certeza do direito»; «Resolveu-se igualmente que, apesar da plenitude que se pretende, se recorra ao emprego de *cláusulas gerais* capazes de comportar, no desenvolvimento de uma ideia fundamental que permaneça inalterada em si mesma, soluções variáveis conforme os tempos e as circunstâncias. Assim se procurará prover o Código da elasticidade indispensável para poder adaptar-se a necessidades futuras»<sup>2</sup>.

Desenvolvendo razões sobre esta directriz, Vaz Serra começa por elencar duas orientações que, no plano do direito estrangeiro, se podiam detectar quanto à questão da plenitude do Código: a primeira, representada pelo BGB, «consiste em regular minuciosamente as matérias, reduzindo ao mínimo o campo em que a jurisprudência possa ter que criar o direito»; outra, de que são exemplos o *Code Civil* e o Código Civil suíço, «supõe preferível consignar na lei apenas os princípios gerais, as directrizes fundamentais dos institutos, deixando assim, aos tribunais um largo domínio de colaboração com a lei na criação do direito»<sup>3</sup>.

A comissão, como explica, entendeu que o Código deveria ser tão completo quanto possível. Isso «em homenagem aos benefícios da *certeza* do direito que daí advirão, por grande que seja o respeito merecido pela magistratura, cujo direito não pode ser tão seguro como o da lei». Por outro lado, o Código jamais poderá ser completo. Donde o recurso às *cláusulas gerais*, «dentro de limites convenientes», «canais por onde se pode insuflar sangue novo no corpo das leis», e que, por isso, não podem dispensar-se num Código desejoso daquela

<sup>1</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “A revisão geral do Código Civil, Alguns factos e comentários”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXII (1946): 451.

<sup>2</sup> *Ibidem*: 469.

<sup>3</sup> *Ibidem*: 484.

capacidade de renovação, sem a qual correria o risco de se mostrar, pouco tempo depois de nascer, ressequido e velho”<sup>4</sup>.

Vaz Serra procurou sossegar aqueles que recebavam a inclusão de cláusulas gerais no Código. E com razão o fazia. Ainda se vivia sob a ideia de que a «fuga para as cláusulas gerais» (J.W.Hedemann)<sup>5</sup>, era uma má ideia, uma espécie de «ovo de cuco num sistema jurídico liberal» (Heinrich Lange).

Não podendo esconder esta realidade, o legislador português pouco espaço conferiu às cláusulas gerais.

Na verdade, poucas foram as cláusulas gerais consagradas no Código de 1966, *v.g.* a *boa fé*, a *justa causa*, a figura de *bom pai de família*, de *proprietário prudente*, a noção de *culpa* ou de *ordem pública*, etc.

Naquele mesmo ano, Stefano Rodotà proferiu uma prelecção na abertura do ano académico 1966/1967 na Aula Magna da Universidade de Macerata intitulada: *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*<sup>6</sup>.

O autor interroga-se sobre qual deve ser a técnica adequada para proceder à reforma da legislação civil, se a técnica da *legislação por princípios*, articulada em máximas gerais e elásticas, ou se a técnica da *legislação de conteúdo regulamentar*, estática e assente no rigor da lógica e das regras, mera racionalização dos factos passados.

Rodotà não tem dúvida que a primeira técnica é a melhor: «na actual fase de desenvolvimento objectivo da sociedade, não redutível apenas aos dados do progresso tecnológico, a gama dos comportamentos conjecturáveis aumentou largamente, assim como se acentuou a dinâmica dos comportamentos já observados: de maneira que se torna particularmente difícil prever quer os futuros comportamentos possíveis, quer a permanência daqueles actuais ou previstos. Na presença deste estado das coisas, o recurso à habitual técnica legislativa regulamentar não só se traduz numa disciplina que pode rapidamente entrar em conflito com os dados da realidade social ou manifestar-se a esta inadequado, mas sobretudo pode dar origem a uma disciplina contraditória a respeito da própria finalidade: uma previsão regulamentar não é disciplina de exercício, mas apenas de alguns comportamentos em que aquele exercício se pode concretizar»<sup>7</sup>; «se a legislação civil quer tornar a ser o fio com o qual se tece a trama

<sup>4</sup> *Ibidem*: 485–487.

<sup>5</sup> JUSTUS WILHELM HEDEMANN (1878–1963) foi um jurista alemão profundamente envolvido na ascensão do nacional-socialismo, sendo famosa a sua obra, *Die Flucht in die GeneralKlauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat*, Mohr, Tübingen, 1933.

<sup>6</sup> STEFANO RODOTÀ, “Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile”, *Rivista del Diritto Commerciale e del diritto delle obbligazioni*, Ano LXV (1967).

<sup>7</sup> *Ibidem*: 91.

dos grandes institutos da sociedade, então só pode consistir numa firme disciplina dos princípios. Se estes princípios não quiserem representar a estafada projecção de tipos copiados da experiência já consumada, como tal inidóneos para reger um imprevisível futuro, então devem exprimir-se em cláusulas gerais»<sup>8</sup>.

Em suma: como ainda há pouco o próprio S. Rodotà recordava, tratou-se naquela conferência de chamar a atenção para a técnica que, pela sua flexibilidade, melhor responde «não só às dinâmicas induzidas pelas mutações e inovações contínuas e vertiginosas, mas às exigências de uma sociedade cada vez mais definida pela *incerteza*, pelo *risco*, *líquida*, carecida de um direito homeostático, capaz de acompanhar tempestivamente na sua imprevisível dinâmica»<sup>9</sup>. Portanto legislar por princípios, sem mais<sup>10</sup>.

Decorridos sessenta anos, qual o estado actual das técnicas de política legislativa? A legislação por princípios e por cláusulas gerais não se tem tornado uma tendência imparável e esmagadora, mesmo no âmbito do processo civil? Os profissionais de direito não se confrontam todos os dias com uma principiologia pesada e moralista? Não vivemos rodeados de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, além das clássicas regras, sem que saibamos tantas vezes distinguir com facilidade as categorias com que lidamos? Responderá este tipo de categorias jurídicas às necessidades peculiares do raciocínio jurídico e da sua adaptação às dinâmicas sociais? Não terá o legislador acolhido ideias perigosas e enveredado por uma via incapaz de resistir ao embate dos factos e às necessidades de certeza e segurança jurídicas?

Irei, nos pontos que seguem, debruçar-me sobre algumas destas interrogações, começando por distinguir as regras dos princípios, passando depois a dar atenção à forma como os princípios têm aparecido e actuado em vários planos do ordenamento jurídico, com particular ênfase no domínio do processo civil, concluindo com algumas observações críticas sobre a moderna «teologia dos princípios».

## 2. Criaturas deônticas: regras e princípios

Num sistema jurídico, encontramos vários modos de expressão legislativa: regras, princípios, cláusulas gerais, conceitos indeterminados, etc.

<sup>8</sup> *Ibidem*: 94.

<sup>9</sup> STEFANO RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Edizioni Laterza, Bari, 2015: 191.

<sup>10</sup> SALVATORE PATTI faz o confronto entre a “legislação por princípios” sugerida por Rodotà e o “sistema misto”, baseado num correcto equilíbrio entre normas rígidas e normas elásticas, propugnado por Hedemann, *Ragionevolezza e Clausole Generali*, 2.<sup>a</sup> ed., Giuffrè Editore, Milano, 2016: 149 ss.

A distinção entre regras e princípios tem tido uma indiscutível validade operativa.

Nas palavras de Paolo Ferrua, «os princípios são proposições normativas com elevado grau de *genericità* (de factispécie aberta) aplicáveis na forma de «mais ou menos», portanto com a máxima expansão ou restrição; as regras são proposições normativas de elevada especificidade (de factispécie fechada), aplicáveis na forma de «tudo ou nada» portanto destinadas a ser ou não respeitadas, sem possibilidade intermédia». Daqui uma importante consequência. «Os primeiros, em sede de actuação, são sujeitos a ponderação, a balanceamento. Pertence ao legislador ordinário encontrar um ponto de equilíbrio de modo a conciliá-los mesmo quando se apresentam em potencial conflito, evitando que um possa sacrificar o outro, se bem que isto não deva induzir a nivelar todos os princípios no mesmo plano. As regras, ao invés, como normas hipotéticas que ligam específicos efeitos a outros tantos específicos pressupostos, não estão sujeitas a balanceamento, antes, a maioria das vezes são recebidas como são pela lei ordinária. Em compensação, ao contrário dos princípios, admitem excepções, desde que previstas, bem entendido, pela própria fonte constitucional; a excepção representa para a regra o que o balanceamento e a ponderação representam para o princípio»<sup>11</sup>.

Lendo estas palavras, vem de imediato à memória o debate Hart-Dworkin<sup>12</sup>.

Hart, no seu *The Concept of Law*, cuida de substituir, mediante o recurso ao conceito de norma, a concepção do direito como conjunto de comandos e de ordens coactivas, por uma teoria do direito como união de *normas primárias*, que asseguram direitos ou impõem deveres ou obrigações, e de *normas secundárias*, que estipulam como e por obra de quem se podem formar, reconhecer, modificar ou extinguir as normas primárias. Em vez da teoria de soberania, Hart recorre à ideia de *norma de reconhecimento (rule of recognition)* que confere validade jurídica às normas do ordenamento que naquela norma se baseiam, e constitui o melhor remédio para a *incerteza* do regime das regras primárias, ao passo que as *regras de alteração (rules of change)* e as *regras de julgamento (rules of adjudication)*

<sup>11</sup> P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, 3.<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 2012: 85.

<sup>12</sup> A bibliografia sobre tal debate é hoje inabarcável. Foi-me útil a leitura de RUI CARDONA FERREIRA, «O debate Hart-Dworkin», *O Direito* 145 (2013), IV, 817-845, de ANABELA COSTA LEITÃO, «Em torno dos Conceitos de Regra e de Princípio/A polémica entre Hart e Dworkin», *Estudos comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. I., 43-72, e de SCOTT J. SHAPIRO, «The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed», *Michigan Law School, Working paper no. 77* (2007), The social science research network electronic paper collection. <http://ssrn.com/abstract=968657>. Cfr. também ANTÓNIO MANUEL HESPANHA que se debruça sobre o sentido político da polémica, *O Caleidoscópio do Direito, O Direito e a Justiça Nos Dias e no Mundo de Hoje*, Almedina, Coimbra, 2007, 97-132.

constituem também a melhor terapêutica para tratar, respectivamente, da qualidade *estática* e da *ineficácia* daquele regime.

Para Hart a norma de reconhecimento «não é nem um fundamento metafísico do direito (como “dar a cada um o que é seu”), nem, basicamente um acordo constituinte de vontades (uma espécie de um “contrato social”) nem um axioma lógico (como acontece com a “norma fundamental” de H.Kelsen)»<sup>13</sup>, «mas uma espécie de *meta-norma*, que *observa* o mundo normativo, identificando as suas normas»<sup>14</sup>.

Para Hart, a distinção entre direito e moral é meramente metodológica, não sendo de excluir que a norma de reconhecimento possa incorporar como critério de validade jurídica a conformidade a princípios morais e valores substanciais. Essa incorporação é, todavia, uma circunstância contingente não necessária<sup>15</sup>.

Constituem exemplos de *normas primárias* as normas penais, que nos proíbem roubar, assassinar ou conduzir a velocidade excessiva. Outras normas, porém, como as que estabelecem os modos de formação dos contratos e a validade dos testamentos ou dos casamentos, não impõem que as pessoas ajam, de certo modo, independentemente dos seus desejos, antes atribuem aos indivíduos os meios para realizar esses mesmos desejos. Estas são *normas secundárias*. Ao lado das normas que atribuem poderes jurídicos aos privados, encontramos outra categoria que atribui esses poderes a departamentos públicos. De entre estes, ao poder judiciário: «no caso do tribunal algumas normas especificam o objecto e o conteúdo da competência do juiz ou, como se usa dizer, lhe dão o “poder de julgar” certo tipo de causas. Outras normas especificam os modos de nomeação dos juízes, os requisitos exigidos para o exercício, e a duração do cargo de magistrado. Depois outras normas determinam as regras do comportamento correcto do magistrado e determinam o processo que deve ser seguido nos tribunais»<sup>16</sup>.

Como reconhece o próprio Hart, num pós-escrito à sua obra, em resposta às críticas de Ronald Dworkin, «desejo agora confessar que no meu livro falei demasiado pouco do tema do juízo e do raciocínio jurídico, e, em particular, dos temas que os meus críticos chamam princípios jurídicos. Agora convenho que é um defeito deste livro ter tocado o tema dos princípios somente de passagem».

<sup>13</sup> ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *O caleidoscópio...*, op. cit: 104.

<sup>14</sup> *Ibidem*: 101.

<sup>15</sup> HERBERT L. A. HART, *Il Concetto di diritto*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2002: 321.

<sup>16</sup> *Ibidem*: 36.

Proseguindo, Hart mostra-se de acordo com Dworkin em duas características distintivas dos princípios: i) «os princípios são, em relação às normas, de amplo alcance, gerais ou não específicos, no sentido em que aquilo que amiúde seria considerado uma série de normas diversas, pode ser apresentado como o conjunto de exemplificações de um princípio particular»; ii) «os princípios, dado que se referem, mais ou menos explicitamente, a certos fins, metas, autorizações ou valores, são considerados de qualquer ponto de vista mercedores de serem conservados ou de receberem adesão, e por isso não só como orientados para fornecer as explicações ou as razões das normas que os exemplificam, mas também como orientados para pelo menos contribuir para a sua justificação»<sup>17</sup>

Todavia, em relação a uma terceira característica distintiva, é marcada a diferença entre os dois autores. Para Dworkin «os princípios têm uma dimensão que falta às normas: a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se interferem (a política de protecção aos consumidores de automóveis interfere com os princípios de liberdade de contratação, por exemplo), quem deve resolver o conflito tem que levar em conta o peso relativo de cada um. Nisto não pode haver, por certo, uma mediação exacta, e o juízo a respeito de se um princípio ou directriz em particular é mais importante do que um outro será com frequência motivo de controvérsia. Todavia, constitui parte essencial do conceito de um princípio que tenha esta dimensão, que tenha sentido perguntar que importância ou que peso tem. As normas não têm esta dimensão»; «se se dá um conflito entre duas normas, uma delas não pode ser válida»<sup>18</sup>.

Para os positivistas, que recorrem à subsunção, o sistema oferece mecanismos próprios para resolver as antinomias: a norma superior derroga a inferior; de acordo com a ordem hierárquica das fontes; a norma posterior derroga a anterior, segundo o carácter nomodinâmico do direito; a norma especial derroga a geral, ou seja, a que contempla na sua condição de aplicação um maior número de casos.

Para Dworkin, não existe qualquer razão para se preferir uma técnica de «tudo ou nada». No caso dos princípios, não se impõe a aplicação exclusiva de um e a exclusão do outro, antes importa ponderar o diverso peso que cada um tem na resolução do caso.

Ora Hart não vê qualquer motivo para aceitar que a ideia de que se uma norma válida é aplicável a um dado caso, ela deva, diversamente de um princípio, determinar sempre a solução do caso. As normas podem entrar em conflito

<sup>17</sup> *Ibidem*: 332-333. Recorde-se que Dworkin distingue ainda *principles* de *policies*. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as *policies* são medidas ou programas políticos que descrevem escopos.

<sup>18</sup> RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2019: 77-79.

com os princípios e um princípio pode às vezes vencer e outras vezes perder em competição com uma norma. É tudo uma questão de grau<sup>19</sup>.

O debate Hart-Dworkin ainda não chegou ao fim. Cabe concluí-lo a quem o começou: aos cultores da filosofia do direito. Só o futuro nos poderá dizer, como prognostica Shapiro, qual dos dois tem o direito de proclamar vitória.

### 3. Os princípios são normas jurídicas multiuso

Eis um dos aspectos mais importantes da cultura jurídica moderna: todos nos sentimos rodeados de princípios.

Como diz Dworkin, os princípios estão em todo o lado: «são ensinados pelos professores, são citados pelos textos, são celebrados pelos historiadores de direito»<sup>20</sup>.

Mas nem sempre foi assim. Durante muito tempo, a discussão em torno dos princípios foi suscitada quase exclusivamente pela presença, em alguns códigos civis, de normas que indicavam os princípios como remédio para a incompletude do ordenamento jurídico.

Na Itália, por exemplo, o artigo 3.º, § 2, das disposições preliminares do código civil de 1865 dispunha que «sempre que uma controvérsia não se possa decidir com uma precisa disposição de lei [...] decidir-se-á de acordo com os princípios gerais do direito»<sup>21</sup>.

Já no nosso caso, o artigo 16.º do Código Civil de 1867, «o artigo mais transcendente e filosófico do nosso código» no dizer de Cabral de Moncada<sup>22</sup>, preceituava que «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 decididos pelos princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso».

É interessante constatar o paralelismo de posições assumidas pela doutrina de ambos os países perante textos legais literalmente tão díspares. Enquanto na

<sup>19</sup> Hart dá como exemplo o caso *Riggs versus Palmer* citado por Dworkin, no qual foi mantido o princípio que veda que uma pessoa retire vantagem de um acto ilícito, não obstante a clara expressão da lei relativa aos efeitos do casamento conduzir a um resultado contrário a esse princípio, op. cit.: 335.

<sup>20</sup> *Los derechos en serio*, op. cit.: 80.

<sup>21</sup> Sobre a utilização dos princípios gerais em Itália enquanto instrumentos destinados a dotar o sistema de uma completude sistemática, e a discussão em volta dos mesmos, desde o Código Civil de Sabóia de 1837 até ao Código Civil de 1942, ALBERTO SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002.

<sup>22</sup> LUÍS CABRAL DE MONCADA, “Integração de Lacunas e Interpretação do Direito”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano VII (1954), n.º 3: 163.

Itália a expressão «princípios gerais do direito» dividiu a doutrina entre aqueles que a identificavam com os princípios de justiça que se supõem comuns a qualquer ordenamento, isto é, com os princípios de direito natural, e aqueles que nela viam ao contrário uma remissão para os princípios do ordenamento positivo<sup>23</sup>, em Portugal, apesar da lei falar expressamente em «princípios de direito natural», três coisas diferentes se entenderam por ela: «ou o mesmo que *princípios gerais de direito*, ou alguma coisa além do direito algo de metajurídico, como o chamado *direito natural*, no sentido da escola jusnaturalista clássica, ou finalmente, o livre critério do juiz, como se este fosse o legislador»<sup>24</sup>.

Esta situação não muda com o Código Civil de 1966. O artigo 10.º, 3, ao prever que, na falta de um caso análogo, a lacuna seja preenchida através da chamada regra hipotética, vincula a construção do aplicador à observância do espírito do sistema. Também, neste caso, se traduziu a remissão para este espírito como sendo para o direito natural, ao passo que outros passaram a identificar esta categoria com os princípios gerais do direito, ou ainda com um *tertium genus*<sup>25</sup>.

Esta situação só muda verdadeiramente com a Constituição republicana de 1976 e com a focalização da doutrina e da jurisprudência, mormente do Tribunal Constitucional, sobre as disposições de princípio naquela contidas.

Ruben Ramião, num estudo recente, procurou demonstrar que as modernas correntes que propõem uma diferença estrutural entre regras e princípios não têm fundamento, quer sejam aquelas que sustentam uma separação a que chama fraca das regras dos princípios (teses do nível de abstração, generalidade ou vaguidade das normas; tese da importância das normas jurídicas; tese da resolução de conflitos normativos), quer as que diferentemente propugnam uma separação forte (tese da abertura ou fechamento das condições de aplicabilidade; tese das normas hipotéticas *vs.* normas categóricas; tese da dimensão axiológica das normas; tese de Robert Alexy (princípios enquanto *imperativos de optimização*); tese de que os princípios contêm uma previsão estruturalmente diferente da previsão das regras<sup>26</sup>.

O autor sai em defesa do positivismo e afirma que «as tentativas de edificação de uma teoria estrutural edificativa dos princípios falharam por com-

<sup>23</sup> RICCARDO GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998: 286.

<sup>24</sup> LUÍS CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*: 167, e PAULO FERREIRA DA CUNHA, “Do direito natural positivo. Princípios, valores e direito natural nas constituições e nos códigos civis portugueses e espanhóis”, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, 2002: 886.

<sup>25</sup> PAULO FERREIRA DA CUNHA, *idem*, e FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1982: 59.

<sup>26</sup> *Ibidem*. 16 ss.

pleto»<sup>27</sup>, que «o conceito de princípios é uma construção moral» irrelevante, porquanto sempre se pode justificar a posição aplicativa do Direito com base nesses princípios<sup>28</sup>.

Não me parece demasiado ousado aproximar esta posição da de Emilio Betti, que defendia que os princípios não eram normas, mas «orientações e ideias de política legislativa»<sup>29</sup>, caracterizados por um *excesso de conteúdo deontológico* (ou, se se quiser, *axiológico*) em confronto com as normas singulares, também reconstruídas no seu sistema<sup>30</sup>.

Não partilho desta posição tão radical. Entendo, ao contrário, na linha de Norberto Bobbio, que os princípios são verdadeiras normas. Nem todas as normas são princípios, mas os princípios são, na verdade, normas, se esta palavra for empregada com o significado genérico de «*norma agendi*, abrangendo então qualquer directriz de comportamento, qualquer que seja o seu conteúdo e como quer que se apresente a sua modalidade preceptiva»<sup>31</sup>.

«Para sustentar que os princípios são normas, os argumentos», diz N. Bobbio, «são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma da exercida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso»<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> *Ibidem*: 71.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> EMILIO BETTI, *Interpretazione delle legge e degli atti giuridici*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1949: 208. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, por sua vez, chama a atenção para o carácter mítico dos princípios, sustentando que estes «aparecem como uma espécie de talismã jurídico, capazes de resolver, qual *Deus ex machina*, todas as aporias que se suscitam no interior do sistema de fontes dos ordenamentos jurídicos contemporâneos», *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011: 226 ss. e 12.

<sup>30</sup> E. BETTI, *Ibidem*: 211.

<sup>31</sup> «Só no sentido específico de regra com factispécie, estruturada sobre a previsão de um evento e sobre a prescrição de uma acção condicionada à verificação do evento, a norma se contrapõe ao princípio». ANGELO FALZEA, “I principi generali del diritto”, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmática giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1999: 339/340, ID, *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, 455 ss. e in *Atti dei Convegni Lincei*, Roma, 1992, 11 ss. Este autor faz a distinção entre *regra jurídica*, *norma ordinária* e *princípio* (*ibidem*).

<sup>32</sup> NORBERTO BOBBIO, “Principi generali del diritto”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Utet, Torino, 1968: 887-896, ID., *Teoria Generale del Diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993: 271, ID., *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10.<sup>a</sup> ed., Editora UnB, Brasília, 1982: 158.

Além disso, os princípios têm o seu conteúdo especificado em textos legislativos, muitas vezes com destaque sistemático, e não constituem apenas categorias da linguagem doutrinária ou do instrumentário moral.

Para R. Ramião, os princípios não servem para nada, e a teoria que os promove é um simples chavão. Dito melhor: servem apenas para «afirmar um tipo específico de jusnaturalismo, o idealismo jurídico ou o neoconstitucionalismo»<sup>33</sup>.

Ora sem pôr em causa esta função ideológica dos princípios, penso que a estes cabem ainda, outras funções.

Claudio Luzzati explica que os princípios podem desempenhar várias funções jurídicas. Uma vez a sua acção orienta-se num sentido extensivo, expansivo, analógico ou associativo-generalizante. É o que acontece quando desempenham uma *função directiva*, típica dos princípios programáticos da Constituição, uma *função integradora* ou uma *função unificadora* ou *sistemática* do ordenamento. Outras vezes, os princípios agem num sentido limitativo-negativo, dando lugar a dissociações conceituais, a distinções ou a discriminações de noções. Então podem individualizar-se uma *função interpretativa*, uma *função limitadora* do poder estadual ou regional, uma *função modificadora* de todo um sistema jurídico e uma *função derogatória* quando os princípios são utilizados para introduzir ou para justificar excepções ao teor “literal” das disposições em determinados casos particulares<sup>34</sup>.

Salvatore Patti assevera também que o *princípio* «serviu historicamente sobretudo para erguer barreiras ao legislador ordinário que não pode ultrapassar as regras fundamentais em que baseia o ordenamento jurídico e também para iluminar o intérprete acerca do significado a atribuir às normas que disciplinam a matéria a que o princípio se refere»<sup>35</sup>.

#### 4. Critérios de distinção entre regras e princípios

Se os princípios não são regras e destas se separam, quais os critérios que nos permitem a distinção?

Norberto Bobbio indicou cinco categorias:

- i) os princípios são *mais gerais*, isto é, valem para uma matéria inteira (negócio jurídico, propriedade, família, responsabilidade civil), para

<sup>33</sup> RUBEN RAMIÃO, *Estudos sobre Direito*, op. cit.: 11.

<sup>34</sup> CLAUDIO LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Dott. Giuffrè Editore, Milano, 1990: 268.

<sup>35</sup> SALVATORE PATTI, *Ragionevolezza e Clausole Generali*, op. cit.: 111.

- um inteiro ramo de direito (civil, penal, financeiro, administrativo, constitucional) ou até para uma inteira esfera das relações jurídicas;
- ii) são normas *fundamentais* ou normas-base do sistema, no sentido em que sem eles o sistema não pode subsistir como ordenamento efectivo das relações de vida de uma determinada sociedade;
  - iii) são normas *directrizes* ou princípios-guia, no sentido em que indicam a orientação ético-política em que determinado sistema se insere, servindo assim para o caracterizar do ponto de vista ideológico;
  - iv) são normas *indefinidas*, que comportam uma série indefinida de aplicações;
  - v) são normas *indirectas*, isto é, são normas cuja função «constitutiva ou conectiva» consiste em determinar e sintetizar o conteúdo de outras normas <sup>36</sup>.

Recentemente Giovanni D'Amico formulou 8 (oito) proposições como contributo para a construção de uma «dogmática de princípios»:

- 1.<sup>a</sup> *Os princípios (jurídicos) são normas jurídicas;*
- 2.<sup>a</sup> *Os princípios (jurídicos) aplicam-se sempre;*
- 3.<sup>a</sup> *As «regras legislativas» são formas de realização dos princípios;*
- 4.<sup>a</sup> *Um princípio não pode (em geral) aplicar-se «imediatamente» (para poder servir de critério de valoração das acções dos cidadãos deve primeiro ser transformado numa «regra» mais específica);*
- 5.<sup>a</sup> *A «regra» que é individualizada em sede de «aplicação» de um princípio, determina-se através de um «balanceamento» com outros princípios pertinentes ao caso;*
- 6.<sup>a</sup> *Na presença de uma «regra» específica determinada pelo legislador, não é possível ao juiz efectuar um novo (e diverso) «balanceamento» entre princípios relevantes (salva a possibilidade de levantar a questão da legitimidade constitucional, no caso de um prudente, insuperável contraste com um princípio constitucional);*
- 7.<sup>a</sup> *O balanceamento pode operar (só) entre princípios dotados da mesma força normativa;*
- 8.<sup>a</sup> *O balanceamento não pode operar entre princípios que não são «concorrentes» (na medida em que opere entre eles um critério de «competência» com base no qual seja definido o âmbito de aplicação dos diversos princípios<sup>37</sup>.*

<sup>36</sup> NORBERTO BOBBIO, “Principi generali del diritto”, op. cit.: 890/891. Elencando algumas características dos princípios assinaladas pela doutrina, JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit.: 628.

<sup>37</sup> GIOVANNI D'AMICO, “Appunti per una dogmática dei principi”, in Giovanni D'Amico-Stefano

Estes critérios distintivos são ainda hoje alvo de críticas, algumas delas bem afiadas. Os princípios não constituem realmente uma categoria simples, continuando a usar-se a mesma palavra para significar coisas bastante diferentes.

Para isso nos adverte, entre tantos outros, Riccardo Guastini, quando afirma que «a questão se uma norma tem ou não o valor de “princípio” não é uma questão de facto, e a resposta a ela é, por isso mesmo, sempre discutível»<sup>38</sup>; que não existe um conceito único de princípio; que a uma pluralidade de conceitos corresponde uma pluralidade de classes; que há princípios que pertencem a mais do que uma classe<sup>39</sup>.

Na linguagem corrente, o termo princípio é usado como *noção de base* para significar o começo ou a origem de uma pessoa, de uma coisa ou de uma entidade; como *preceito moral* ou *valor fundamental*, quando se afirma por exemplo que «aquele é um homem com princípios...»; mas também como máxima ou *razão* que o espírito admite sem justificação, porquanto assente em regras de conhecimento prático e comum<sup>40</sup>.

No âmbito jurídico, princípio pode ser definido de uma maneira mais complexa e perspicua como, por exemplo, em Riccardo Guastini e Claudio Luzzati.

R. Guastini classifica os princípios em três categorias – princípios de nível constitucional ou legislativo, princípios gerais ou sectoriais, e princípios expressos ou implícitos –<sup>41</sup> e traça a linha divisória entre as *normas de princípio* e as *normas de detalhe* através das seguintes características: os princípios são normas com *factispécie aberta* ou *normas «derrotáveis»*, de *carácter genérico* e *fundamentais*<sup>42</sup>.

«A factispécie (o antecedente) de uma norma é “fechada”, quando a norma enumera exhaustivamente *quer* os factos em presença dos quais se produz a consequência jurídica que ela mesma dispõe, *quer* as eventuais excepções, ou seja os factos na presença dos quais a consequência não se produz”; por sua vez, “a factispécie (o antecedente) de uma norma é “aberta”, quando a norma *não* enumera exhaustivamente os factos em presença dos quais se produz a relativa

Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordenamenti dell' Unione europea tra principi e regole*, Studi, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018: 1-33.

<sup>38</sup> RICCARDO GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998: 283.

<sup>39</sup> RICCARDO GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004: 200.

<sup>40</sup> FRANCESCO DE VANNA, *Il Ruolo dei Principi nelle Teorie Neocostituzionaliste, Un percorso interpretativo*, Mucchi Editore, Modena, 2019: 22 ss.

<sup>41</sup> R. GUASTINI, *L'interpretazione...*, op. cit.: 205.

<sup>42</sup> *Ibidem*: 200 ss.

consequência, ou *não* enumera exaustivamente as excepções em presença das quais a consequência não se produz»<sup>43</sup>.

«Uma norma é “inderrotável” quando *não* admite excepções ou, melhor dito, *não* admite outras excepções se não aquelas expressamente estatuídas pela própria norma ou por outras normas do ordenamento»; «uma norma é “derrotável” quando admite excepções implícitas, não estatuídas pela norma em questão, nem por qualquer outra norma do ordenamento, e portanto de todo indeterminadas»<sup>44</sup>.

De acordo com um segundo modo de ver os princípios, são *normas genéricas* as quais, «por um lado, (i) exigem a emanção de outras normas para lhe darem actuação e concretização, mas, por outro lado, (ii) podem ser actuadas e concretizadas por modos diversos e alternativos»<sup>45</sup>.

Por fim, uma terceira categoria é constituída por *princípios enquanto normas fundamentais*, quer no sentido em que «dão fundamento e/ou justificação a outras normas (em geral, cada princípio constitui o fundamento de uma multiplicidade de outras normas)», quer no sentido em que «não exigem, por sua vez, fundamento ou justificação: porquanto – mal ou bem – são perceptíveis como óbvios, autoevidentes, ou como intrinsecamente justos»<sup>46</sup>.

Claudio Luzzati, repondo uma definição de princípio de circulação corrente na doutrina italiana, diz que «*um princípio é o pretense fundamento justificativo, ou uma das razões fundantes, de uma norma ou de um conjunto de normas*

<sup>43</sup> *Ibidem*: 200.

<sup>44</sup> *Idem*: Guastini dá como exemplo de uma norma derrotável com factispécie aberta a do artigo 3.º, § 1.º, da Constituição italiana, correspondente ao nosso artigo 13.º da Constituição. Por um lado, este princípio de igualdade admite excepções – não é de excluir, sem que tal signifique violar o princípio, que se discriminem os cidadãos, por exemplo, em razão do sexo, perante situações objectivamente diversas – e tem uma factispécie aberta, pois não veda que uma lei discrimine segundo critérios diversos dos enunciados, *v.g.* em razão da idade, se tal for tratar igualmente situações objectivamente iguais.

<sup>45</sup> *Ibidem*: 202. É dado como exemplo de um princípio genérico o do artigo 139.º da Constituição que dispõe que a «forma republicana do estado não pode ser objecto de revisão constitucional», o que significa que só está excluído da revisão qualquer tipo de organização política na qual o chefe do estado não seja eleito e cujo mandato não esteja limitado no tempo, mas já não a modificação da duração do mandato ou o modo de eleição do presidente da República.

<sup>46</sup> *Ibidem*: 204. São princípios fundamentais, de acordo com o primeiro sentido, por exemplo, o princípio da confiança, enquanto funda e justifica as disposições sobre erro enquanto causa de anulação do contrato, as disposições sobre os efeitos da simulação em relação a terceiros e aos credores e as disposições que limitam a oponibilidade a terceiros da modificação ou revogação da procuração; de acordo com o segundo sentido, são princípios fundamentais, no direito constitucional, o princípio da soberania nacional ou da divisão dos poderes, no direito civil, o princípio da autonomia privada, no direito administrativo, o princípio do procedimento equitativo, em direito penal, o princípio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», etc.

*já aprovadas ou ainda por criar*<sup>47</sup>. Para este autor, os princípios são metanormas, não existem por si: os princípios são sempre princípios de alguma coisa. É pela função e não pela estrutura que os princípios se diferenciam das outras proposições normativas; finalmente, princípio e regras só se distinguem ao nível pragmático, no próprio estilo ou técnica argumentativa.

Como se compreende, muitos são os aspectos que não podem ser explorados, mesmo que de fugida, num artigo com estas dimensões e propósitos. Apenas me interessa enquadrar o tema em estudo numa base conceitual e terminológica aceitável e que sirva para desenvolver as questões consideradas essenciais, então já voltadas para o âmbito processual.

Uma das questões que aquele tema não dispensa é que diga também alguma coisa sobre a mudança de paradigma que fez com que o problema dos princípios se tenha apresentado como um problema completamente novo.

## 5. O neoconstitucionalismo e a *Drittwirkung*: novos paradigmas para novos princípios

O papel dos princípios não seria o mesmo sem a corrente chamada de *neoconstitucionalismo* e sem a *Drittwirkung*.

Enquanto o constitucionalismo oferecia como instrumentos de limitação jurídica do poder a teoria da separação dos poderes, o *checks and balances*, e a declaração dos direitos e liberdades, o neoconstitucionalismo foca a sua atenção sobre o conteúdo e a conotação ética dos postulados constitucionais com o propósito de incrementar ao máximo os direitos fundamentais.

Em que realmente difere o modelo clássico de *Estado legislativo de direito* do *Estado constitucional de direito* da nova corrente?

De acordo com Luis Prieto Sanchis<sup>48</sup>, o neoconstitucionalismo apresenta as seguintes novidades:

- i) *o reconhecimento da indiscutível força normativa da Constituição*, isto é, o reconhecimento de que a Constituição é uma norma e uma norma suprema, e não um exercício de retórica política ou um catálogo de boas intenções<sup>49</sup>;

<sup>47</sup> CLAUDIO LUZZATI, *Principi e Principi, La Genericità nel Diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012: 126.

<sup>48</sup> LUIS PRIETO SANCHIS, *Neocostituzionalismi. Um catalogo di problema e di argomenti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017: 7 ss.

<sup>49</sup> *Ibidem*: 7.

- ii) *a rematerialização constitucional*, ou seja, «a incorporação no texto não só de normas formais, de competência ou de procedimento destinadas a regular o exercício dos poderes e das relações entre si mesmos, mas também e sobretudo de normas substanciais que pretendem traçar limites negativos e vínculos positivos àquilo que aqueles poderes estão em condições de decidir legitimamente»<sup>50</sup>. Este fenómeno de rematerialização constitucional realiza-se através da positivação de princípios e especialmente de direitos fundamentais cuja aplicação exige o recurso a conceitos de ordem moral.
- iii) *a garantia jurisdicional e a aplicação directa da Constituição*, quer dizer, como consequência do referido em i), superar o procedimento de inconstitucionalidade junto dos Tribunais Constitucionais enquanto prolongamento do procedimento legislativo, a favor da aplicação directa da Constituição, quer mediante a técnica da interpretação conforme, quer mediante o controlo difuso e concentrado da constitucionalidade das leis a cargo dos juízes ordinários<sup>51</sup>.
- iv) *a rigidez constitucional*, ou o reforço da força da Constituição perante os poderes constituintes, com a criação de obstáculos à revisão do texto fundamental e a incorporação neste de cláusulas de intangibilidade, com a ideia de impedir que as actuais gerações atem as mãos das gerações futuras<sup>52</sup>.

Em resumo: «Perante um constitucionalismo retórico, programático ou de catequismo político, se impõe a convicta afirmação da força normativa e vinculante da Constituição. Perante um constitucionalismo meramente formal que julgava que a Constituição só podia falar da “política” e dos seus protagonistas porque do “mundo” já tinha falado o legislador, se impõe a afirmação de uma Constituição dotada de uma extraordinária força normativa que fornece razões justificativas (e na verdade, às vezes contraditórias) em todos os domínios da vida social e nos seus insuspeitados conflitos. Perante uma Constituição “sequestrada” por um especialíssimo tribunal encarregado somente de pronunciar a invalidade das leis com total abstracção dos seus casos de aplicação e a pedido unicamente daqueles sujeitos particulares que intervêm na sua produção, se impõe o desenvolvimento de fórmulas de “legislação-jurisdição”

<sup>50</sup> *Ibidem*: 8.

<sup>51</sup> *Ibidem*: 11.

<sup>52</sup> *Ibidem*: 15.

positiva, e, sobretudo, a afirmação de uma Constituição directamente aplicável a todos os operadores jurídicos»<sup>53</sup>.

O neoconstitucionalismo produziu um *desbordamiento* constitucional, isto é, um transbordar da Constituição, como norma suprema e dirigente, para todo o ordenamento jurídico<sup>54</sup>.

Fala-se hoje com o maior à vontade, por exemplo, da teoria constitucional do processo, ou seja, do desdobramento da força normativa da Constituição especificamente canalizada para o campo de actuação do processo civil, penal, do trabalho, etc.

Mas também de constitucionalização do direito civil, uma etapa iniciada em 1954 por Hans Peter Ipsen, que cunhou a fórmula *Drittwirkung* («eficaz para o terceiro») a que outros dedicaram grande parte das suas energias<sup>55</sup>.

Está em causa saber se os direitos fundamentais têm a sua eficácia limitada às relações entre o Estado e os cidadãos ou se devem também valer para as relações dos privados entre si, e, caso a resposta seja a última, se se afirma a vigência directa ou indirecta para aquelas relações e para as normas que as regem.

A doutrina distingue a *unmittelbare Drittwirkung* (aplicação directa) da *mittelbare Drittwirkung* (aplicação indirecta).

Tem-se reconhecido Hans Carl Nipperdey como fundador da doutrina da *unmittelbare Drittwirkung*, para quem os direitos fundamentais têm uma *eficácia absoluta* peculiar, valendo não só nas relações indivíduo-Estado mas também nas recíprocas relações entre sujeitos de direito privado: «Como suporte da eficácia absoluta dos direitos fundamentais está o facto de o ordenamento jurídico ser uma unidade, qualquer direito vale apenas sob fundamento e no âmbito da Constituição. Também o direito civil, sobretudo o BGB, continua a valer de acordo com o art. 123, parágrafo 1, GG, somente na medida na qual “não contradiz a *Grundgesetz*”. A vigência dos direitos fundamentais, quais normas objectivas para o direito privado, não necessitam de qualquer “*medium*”, de qualquer “ponto de rotura”, como devem ser as cláusulas gerais (§§ 138, 242, 826, BGB). A eficácia jurídica, ao invés, é uma eficácia directa normativa que modifica ou recria as normas de direito privado, sejam elas cogentes ou dispo-

<sup>53</sup> *Ibidem*: 15-16.

<sup>54</sup> ANTONIO ENRIQUE PEREZ LUÑO, *El desbordamiento...*, op. cit.

<sup>55</sup> Pasquale Femia, “*Drittwirkung*. Una dogmatica di transizione”, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati...*, op. cit.: VII. Encontram-se nesta compilação as principais posições que, a partir dos anos cinquenta de novecentos, defrontaram, na Alemanha, o problema da *Drittwirkung* dos direitos fundamentais da Constituição.

sitivas, cláusulas gerais ou normas jurídicas determinadas, sejam elas proibições, comandos, direitos subjectivos, leis de protecção ou razões justificativas»<sup>56</sup>.

A esta corrente opõe-se a chamada doutrina da *mittelbare Drittwirkung*, defendida, entre outros, por Günter Dürig.

Segundo este autor, «a “eficácia absoluta” dos direitos fundamentais é relativizada por um direito fundamental a favor da autonomia individual e da responsabilidade pessoal. A relação jurídica dos privados entre si – e na verdade também o direito de defender os próprios direitos das agressões de outros sujeitos privados (enquanto não intervém o direito penal) – está subordinada, por isso, justamente por causa da Constituição, ao direito especial (isto é ao “direito privado”). Os instrumentos normativos adoptados para a defesa das agressões provenientes da *Drittrichtung* (da acção de sujeitos terceiros privados) são *as suas cláusulas gerais capazes e necessitadas de integração axiológica*, as quais vêm em socorro em caso de ausência de normas civilísticas especiais de protecção; o direito privado objectivo cumpre assim o seu dever de protecção (cfr. Art. 1,

<sup>56</sup> HANS CARL NYPPERDEY, “Diritto fondamentali e diritto privato”, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati...*, op. cit.: 64. Este autor adverte para o facto de que o reconhecimento da eficácia absoluta dos direitos fundamentais não significa que qualquer direito fundamental deva valer nas relações entre privados, devendo levar-se em consideração o conteúdo, a essência e a função de cada um daqueles direitos.

Como exemplos perante os quais os direitos fundamentais devem ser aplicados nas relações de direito privado, Nypperdey destaca: i) quando uma associação ou sociedade quer infligir uma sanção a um seu associado (*nulla poena sine lege*); ii) o mesmo vale para o princípio jurídico «*ne bis in idem*»; iii) promessa de celibato ou de matrimónio fundada na vontade de um outro; iv) promessa do marido de não viajar sozinho; v) promessa de mudar ou de não mudar de religião ou acordo sobre vantagens na mudança de religião; vi) aceitação de uma prática religiosa como juridicamente vinculante; vii) promessa de uma pena contratual como garantia das obrigações matrimoniais; viii) promessa de um respectivo por uma disposição testamentária ou por renúncia à objecção de consciência; ix) contrato a título oneroso para perder uma competição desportiva; x) venda do silêncio perante um delito (todos os casos por violação da dignidade humana); xi) publicação não autorizada, mas também a realização não autorizada de uma imagem, quando a isso oponham interesses jurídicos do lesado, não sendo estes oponíveis quando se tratar de uma representação proveniente do âmbito da história contemporânea ou da reprodução de colectâneas, extractos ou manifestações públicas de acontecimentos ou de localidades nas quais o representado aparece exclusivamente como figura secundária (direito à imagem); xii) captação e divulgação não autorizada, através de meios técnicos, de comunicações de terceiros (direito à palavra); x) procura e comunicação não autorizada a terceiros de um segredo de que tenha tido conhecimento (direito ao segredo); xi) obtenção e divulgação não autorizada de declarações de terceiro, compreendendo as actividades de vigilância e investigação através de informadores e *reporters* (direito ao respeito da esfera privada); xii) exclusão arbitrária de um trabalhador do recebimento de subsidio de natal concedido pela entidade patronal aos restantes (direito de igualdade); xiii) despedimento com fundamento nas convicções políticas do trabalhador (direito à liberdade de expressão).

I, § 2, GG). O caminho para a sua actuação, por um lado, tutela a *autonomia do direito privado*, tornada necessária por *lógica e sistemática jurídica* depois do reconhecimento jurídico da liberdade privada de dispor das relações jurídicas com sujeitos terceiros e, por outro, tutela a *unidade*, obviamente necessária, *do ordenamento na moral jurídica*<sup>57</sup>.

A questão fundamental presente nestas diferentes posições teóricas reside em saber se se devem proteger os direitos dos particulares mediante a introdução nas recíprocas relações de princípios constitucionais com efeito cogente, ainda que à custa de alguma perda de autonomia privada, ou se, em contraste, com aquela intrusão não se está a estadualizar ou a socializar o direito privado, sendo, por isso, preferível uma aplicação indirecta de normas primárias mediante a actuação de princípios e cláusulas gerais constantes de leis objectivas<sup>58 59 60</sup>.

## 6. A génese dos princípios jurídicos no processo civil moderno

A doutrina processual contemporânea fixa à ciência do direito processual civil um período certo de nascimento: em 1748, na sua obra *Systema elementare universale iurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornarum*, Daniel Nettelblatt, discípulo de Wolff, dá a seguinte definição do processo: «*processus iudiciarius civilis est ordo, secundum quem singuli actus in tratatione causae*

<sup>57</sup> GÜNTER DÜRIG, “Diritti fondamentali e giurisprudenza civile”, *Drittwirkung...*, op. cit.: 95/96.

<sup>58</sup> *Ibidem*: 103.

<sup>59</sup> Num estudo recente, CARLO CASTRONOVO fala de «eclipse» do direito civil, devido ao encobrimento provocado pela Constituição, pela jurisprudência e pelo direito europeu: «Partindo da Constituição, vimos, segundo a imagem pirandelliana, o *uno* do código civil quebrar-se e voltar a quebrar-se nos direitos invioláveis sem conta de que a Constituição se parece ter tornado fonte inesgotável para uma jurisprudência apaixonada por um sujeito, dantes privado de contornos até se ter tornado *ninguém* de maneira conforme à sociedade líquida. Propensão amplificada e dramatizada com a irrupção sempre mais poderosa e embaraçante dos dois tribunais europeus, do Luxemburgo e de Estrasburgo», *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2015: 287. Para Castronovo, à excepção do artigo 3.º da Constituição italiana, todos os restantes artigos são de aplicação mediata, *ibidem*: 39.

<sup>60</sup> Em Portugal, são a favor da aplicação directa dos direitos fundamentais, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional, Teoria da Constituição*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1999: 1206/1207 e ANA PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*; a favor da aplicação mediata, LUCAS PIRES, *Uma Constituição para Portugal*, 1975: 89/90, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005: 71 ss. Reservando a aplicação directa para as relações entre desiguais, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001: 254 ss.

*civilis contentiosae iurisdictionis obvenientes se invicem subsequi vel iuxta se invicem collocari debent*»<sup>61</sup>.

Na opinião de Nörr, pertence a Nettelblatt o conceito de acto processual (correspondente ao *actus* da definição precedente), elaborado em paralelo com o conceito de acto ou negócio jurídico, que, nos séculos seguintes, se tornará uma noção fundante da ciência jurídica processual<sup>62</sup>.

Segundo o mesmo autor, Nettelblatt deve ser assinalado por um ulterior motivo: a tendência para construção do sistema, conducente à exposição das «partes gerais» do direito processual, análogas às partes gerais do direito privado.

Na visão de Nörr, «o período do jusnaturalismo introduziu na teoria processo civil dois tipos de conceitos. De um lado, conceitualizou, sob a forma de máximas processuais, as forças criadoras que se crê entrarem em jogo no processo: acima de tudo a *Verhandlungsmaxime*, elaborada por Gönner em 1800; sucessivamente as máximas serão colocadas no contexto mais amplo das bases racionais do processo (Canstein). Por outro lado, individualizou em determinadas manifestações processuais um carácter comum que foi sintetizado num conceito que – segundo o método de Christian Wolff – pode servir de metro de medida de um sistema e isto de acordo com a característica alternância entre a (frequentemente tácita) indução e a (manifesta) dedução».<sup>63</sup> O acto processual é um conceito que pertence à categoria por último assinalada.

O período jusnaturalístico do processo civil encerra com as obras de Grolman e Gönner.

Karl Grolman é autor de um manual – *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen entworfen*, (1800) –, considerado por Christoph Martin, em 1805, uma obra que «faz época na história da elaboração da teoria do processo como ciência», o que põe em causa a ideia, muito difundida, de que foi Oskar Bülow quem, em 1868, deu início à ciência do direito processual civil<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> VITTORIO DENTI, *Sistemi e Riforme, Studi sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 1999: 47 e Knut Wolfgang Nörr, *Verso il processo civile moderno*, Dal diritto naturale al Novecento, Aracne, Roma, 2013: 37.

<sup>62</sup> *Ibidem*: 38.

<sup>63</sup> *Idem*.

<sup>64</sup> *Ibidem*: 67/68. Aquela ideia encontra-se, por exemplo, em ADELINO PALMA CARLOS, *Linhas gerais do processo civil português*, Edições Cosmos, Livraria Arco-Íris, Lisboa, 1991: 29, nota 34, e encontra-se reproduzida em CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, Vol. I, AAFDL, Lisboa, 1973: 3, e em MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, cfr. prefácio ao meu estudo, *Direito Processual Civil: As origens em José Alberto dos Reis*, Quid Juris, Lisboa, 2002: 5. Bem sei que que JAMES GOLDSCHMIDT inicia o seu famoso trabalho, *Der Prozess als Rechtslage*, com a seguinte afirmação: «A partir do célebre trabalho de Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* de 1868, a cuja aparição se

Por outro lado, a N. T. Gönner, autor de um importante *Hanbuch des Deutschen gemeinen Prozesses* (1801) é atribuída a elaboração de duas importantes máximas – *Verhandlungsmaxime* e *Untersuchungsmaxime* – que lançaram as bases da distinção entre os poderes das partes e do juiz na direcção do processo.

Nörr distingue duas fases na elaboração daqueles princípios. Uma primeira, de reformulação do aforisma, derivado do direito comum, «*nemo iudex sine auctore*», à luz da filosofia de Kant: a *Verhandlungsmaxime* assenta na concepção kantiana de «liberdade» e de «vontade»; uma segunda fase de transposição deste princípio para a substância dos factos: segundo Gönner chega-se à *Verhandlungsmaxime* quando «em todas as partes do procedimento» se observa o princípio »segundo o qual qualquer cidadão está autorizado a dispor dos próprios direitos de acordo com a sua discricionariedade»<sup>65</sup>.

Andrea Panzarola observa que «o *Maximenmethode* de Gönner exerceu uma influência notável e durável nos anos seguintes. Um instrumento relevante utilizado pela Escola Histórica para o confronto entre o moderno e o antigo procedimento civil foram justamente os chamados “*principi di procedura*”»<sup>66</sup>.

Mas a verdade é que, afora alguns ecos, o período do jusnaturalismo esgota-se rapidamente como corrente autónoma da ciência jurídica no primeiro quartel do século XIX, depois do apogeu conseguido por Grolman, Gönner e alguns dos seus seguidores, e o direito natural é depressa recusado como fonte formal do direito, mesmo antes de a escola histórica atingir o processo civil<sup>67</sup>.

Para isso terá contribuído uma política legislativa reinante em quase todo o século XIX, suficientemente preocupada em afastar-se do jusnaturalismo e do iluminismo e evitar os princípios.

Assim o *Code de procédure civile* de 1806, é «um código de regras, necessariamente completo, para o direito processual» ficando os princípios reservados para o direito substantivo<sup>68</sup>.

Está dividido em duas partes, regulamentando a primeira a tramitação do processo perante os tribunais, de paz, inferiores e de apelação, e a segunda a

costuma fazer iniciar a idade moderna e dogmaticamente frutuosa da ciência processualística alemã, o processo, mesmo se se reconhece que se trata de um procedimento, é geralmente considerado como uma relação jurídica». Porém, de 1925 para cá muito se estudou e escreveu e as certezas de ontem converteram-se com naturalidade em dúvidas de hoje ou mesmo em narrativas ultrapassadas.

<sup>65</sup> KNUT NÖRR, *Verso il processo ...*, op. cit.: 68-70.

<sup>66</sup> ANDREA PANZAROLA, “Il processo civile tra regole e principi”, *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, (a cura di Francesco Ricci), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018: 265/266.

<sup>67</sup> KNUT NÖRR, *Verso il processo...*, op. cit.: 77 ss.

<sup>68</sup> U. PETRONIO, *Introduzione, Il futuro há un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in N. Picardi e A. Giuliani (a cura di), *I Codici Napoleonici, I, Codice di procedura civile, 1806*, Milano, 2000, XXXIX.

dos processos diversos. O Código termina com capítulo sobre *disposições gerais* (artigos 1029.º a 1042.º).

Este modelo de sistematização inspirou os códigos mais importantes do século XIX, o *Código de Processo Civil Italiano* de 1865, a *Zivilprozessordnung* alemã (1877) e a ZPO austríaca (1895).

No código italiano, por exemplo, as disposições gerais do código napoleónico foram deslocadas para o Título I (artigos 35.º a 66.º) do Livro I, este intitulado *Da ordem e da forma do juízo*, tendo sido amplamente enriquecidas.

Giuseppe Pisanelli, então ministro da Justiça, na apresentação daquele livro do projecto ao Senado, explicou que se reputou oportuno reunir num título especial «*i canoni fondamentali dei giudizi*», os quais, nos códigos vigentes, ou estavam só pressupostos, ou insinuados em alguma peculiar disposição<sup>69</sup>.

Os *cânones fundamentais das acções* encontram-se também reunidos no Livro I da ZPO alemã, que tem por rubrica precisamente *Allgemeine Vorschriften* (Disposições Gerais), o mesmo acontecendo, *mutatis mutandis*, com a ZPO austríaca, cuja primeira parte é encimada pela expressão *Allgemeine Bestimmungen*.

Esta técnica consistente em abrir o Código de Processo Civil com uma «parte geral», onde são reunidas as disposições aplicáveis a todas as modalidades de processos ou procedimentos – normas relativas à capacidade e legitimidade das partes, aos seus representantes, às formas dos actos processuais, aos prazos, às nulidades dos actos, etc. – tornou-se tradição nos sistemas de *civil law* e encontra-se na maioria dos códigos dos primeiros três quartéis do século XX [v.g., código de processo civil brasileiro de 1939, código de processo italiano de 1940, código argentino (federal) de 1967, código grego de 1968, código colombiano de 1970]<sup>70</sup>.

Em 1932, o Professor francês René Morel publicou a 1.ª edição do *Traité élémentaire de procédure civile*<sup>71</sup>.

O capítulo II da 4.ª parte versa sobre «*les principes directeurs de la procédure française*»<sup>72</sup>, expressão utilizada pela primeira vez na processualística francesa.

<sup>69</sup> N. PICARDI e A. GIULIANI (a cura di), *Codice di procedura civile del Regno D'Italia, 1865*, Milano, 2004: 20.

<sup>70</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano”, *Studi in Onore di Vittorio Denti*, Vol I, Cedam, Padova, 1994: 2/3.

<sup>71</sup> Publicada pela Sirey em Paris.

<sup>72</sup> *Ibidem*: 462-467. Sobre a génese dos chamados *principes directeurs de la procédure française*, e sobre os autores que mais contribuíram para o seu desenvolvimento e consagração legislativa em França, ETIENNE VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire, Étude d'une catégorie juridique*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 2000: 10 ss., disponível na internet, 28.07.2020, e KNUT NÖRR, *Verso il processo...*, op. cit.: 83-93.

Esses princípios, aplicáveis a todos os processos independentemente da jurisdição, são: 1.º «*La direction du procès est abandonnée aux parties*»; 2.º «*la procédure est contradictoire*»; 3.º «*la procédure est tout à la fois orale et écrite, avec prédominance de l'un des deux caracteres suivant les cas*».

A expressão *principes directeurs du procès* provém directamente da influência que teve na Europa continental a obra de Robert W. Millar, *The formative principles of civil procedure*<sup>73</sup> e indirectamente da expressão alemã *Grundprinzipien*, ou, melhor dito, da expressão *Prinzipien der Gestaltung* usada na Alemanha por Von Bar<sup>74</sup>.

Como observa Luis Patricio Muñoz, pese embora o carácter já mítico da obra de Millar, este não criou nenhuma exposição nova dos princípios, somente os sistematizou em número de oito: 1.º Bilateralidade; 2.º Aportação de parte e investigação judicial; 3.º Impulso dispositivo e judicial; 4.º Ordem consecutiva, preclusão e acumulação; 5.º Prova formal e racional; 6.º Oralidade e escrita; 7.º Imediação e mediação; 8.º Publicidade e segredo<sup>75</sup>.

A Morel costumam-se associar os nomes de Henry Vizioz, Henri Motulsky e Gerard Cornu como responsáveis pela consagração dos princípios directores no Código de Processo Civil de 1975.

A Vizioz atribui-se a consolidação da nova terminologia no domínio do processo civil, especialmente focada nos princípios do dispositivo e do contraditório<sup>76</sup>. Da pena de Motulsky saíram os estudos que serviram de inspiração

<sup>73</sup> Publicado em Northwestern University Press, 1923, *reprinted from Illinois law review*, (1923) Vol. 18, I, 25 ss. De origem escocesa, Millar nasceu em 10 de abril de 1876 e emigrou para os Estados Unidos quando só tinha 10 anos. Os seus primeiros estudos de direito foram realizados na Universidade de Northwestern onde exerceu a docência durante 27 anos e obteve a qualidade de professor emérito. Apesar de viver e ensinar num país de *common law*, foi um interessado estudioso dos sistemas de *civil law* e manteve uma intensa ligação com juristas e instituições europeias. Esteve várias vezes em Itália por motivos de estudo. A primeira aparição dos *Formative principles* foi objecto de uma recensão por PIERO CALAMANDREI, em *Rivista di diritto processuale civile*, 1924, I, 125, e a segunda pelo mesmo na *Rivista*, 1928, I, 67. V. ainda F. CARNELUTTI, “Robert Winess Millar”, *Rivista diritto processuale*, 1959, 436, T. Carnacini, “Robert Winess Millar”, *Rivista trimestrale diritto civile*, 1959, 283 ss, e Franco Cipriani, *Storie di processualisti e di pligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, Giuffrè, Milano, 1991: 256, 269, 275, 311, 323 e 324.

<sup>74</sup> ROBERT W. MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Ediciones Oljnik, Santiago-Chile, 2019: 42. Sobre esta influência, GEORGE ROUHETTE, “L'influence en France de la science allemande du procès civil allemand”, *Colloque de Passau*, 15-15 out. 1989: 217 ss.

<sup>75</sup> LUIS PATRICIO RIOS MUÑOZ, “Estudio preliminar a Los principios formativos del procedimiento civil de Robert W. Millar”, em Robert W. Millar, *Los principios formativos...*, op. cit.: 11.

<sup>76</sup> HENRY VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, 1955: 441.

na redacção do novo código na parte relativa aos princípios directores, e da de Gerard Cornu a redacção final do projecto<sup>77</sup>.

Em 1966, Motulsky publicou um estudo intitulado *La réforme du code de procédure civile par le Décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès*<sup>78</sup>.

Nesse estudo o autor considera como *fundamentais e intangíveis* três princípios:

«a) As partes são as donas do litígio no sentido em que só elas podem *iniciar e fazer cessar* a instância.

b) As partes são donas da *matéria* litigiosa no sentido em que só *os materiais por elas levados* podem ser utilizados no julgamento: consiste nisso o significado do famoso princípio dito *dispositivo*, cujo corolário é a *neutralidade do juiz*.

c) O processo é enfim dominado pela mais importante das regras às quais se deve inclinar a actividade jurisdicional: a de que qualquer justiça digna desse nome exige o respeito dos *direitos da defesa*<sup>79</sup>.

O autor explica a razão pela qual prefere a expressão «respeito dos direitos da defesa» a «princípio do contraditório»: considera que aquele princípio tem o valor de um «imperativo universal» e se funda no direito natural, ao passo que só podem pretender ao epíteto de «fundamentais» os princípios do dispositivo e da liberdade de iniciar e de abandonar o processo. Por sua vez, os princípios da publicidade, oralidade, iniciativa no decurso da instância, carácter contraditório por oposição ao carácter unilateral são, em grande parte, problemas de *organização* do processo, defendendo, para acomodar esses princípios um critério de *dosagem* e não de exclusão pelos princípios contrários (*v.g.* carácter secreto do processo, processo escrito, ou não contraditório) e o critério, algo ambíguo, de «imperativo de justiça»<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Em 1969, por iniciativa do Ministro da Justiça René Capitant, foi criada uma comissão encarregada de redigir um novo Código de Processo Civil. Essa Comissão era constituída por 40 membros, de entre os quais 6 professores de Direito: Jean Foyer (presidente), Motulsky (falecido em 1971), Perrot, Giverdon, Terré e Cornu, tendo sido este o relator do projecto final. Sobre o *nouveau Code de procédure civile* de 1975, CÉCILE CHAINAIS, FRÉDÉRIQUE FERRAND, LUCIE MAIER, SERGE GUINCHARD, *Procédure Civile, Droit interne et européen du procès civil*, 34.<sup>a</sup> ed., Dalloz, Paris, 2018: 33 ss.

<sup>78</sup> Publicado em *Juris-Classeur Périodique*, 1966.I.1996; id. HENRI MOTULSKY, *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010: 130–183.

<sup>79</sup> HENRI MOTULSKY, *ibidem*: 131/132. Sobre os princípios directores, especialmente à luz do pensamento de Motulsky, veja-se *Les principes directeurs du procès en droit compare à l'aune de la pensée de Motulsky (sous la direction de Vincent Bolard et Myriam Pierrat)*, Dalloz, 2019.

<sup>80</sup> *Ibidem*. 132. Sobre os direitos da defesa terem uma natureza de direito natural, Motulsky, “Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense em procédure civile”, *Ibidem*: 60–84.

Tomando por base os estudos de Motulsky, uma parte da doutrina francesa identifica quatro princípios essenciais do novo processo civil: o *princípio da iniciativa*, aplicável ao começo e ao fim da instância, o *princípio dispositivo*, correspondente à primeira parte do adágio – *Da mihi factum* –, o *princípio da jurisdição*, correspondente à segunda parte do adágio – *dabo tibi jus* –, e o *princípio do contraditório*<sup>81</sup>.

Um dos propósitos de Motulsky foi analisar se e em que medida o novo regime do decreto de 13 de outubro de 1965 que regulou de nova forma as actuações dos chamados, a partir de então, *juge des mises en état* e *juge rapporteur*, violava os princípios dispositivo e de respeito devido aos direitos da defesa.

Ora, o autor conclui que a resposta a tal questão deve ser negativa. Para ele, «a admissão de uma iniciativa do juiz em matéria jurídica não [é] em nada incompatível com o princípio dispositivo entendido de uma forma saudável»; «é evidente que a missão confiada agora de uma maneira clara ao magistrado será ainda mais delicada de desempenhar pelo magistrado se além de poder levantar de ofício *moyens de droit*, puder pedir *esclarecimentos de facto*, e se a sua tarefa de exploração tiver de se conciliar com um outro aspecto da neutralidade, que é a interdição para o juiz de se fazer auxiliar de uma das partes. Mas basta, parece, dar-se conta deste obstáculo para se estar quase seguro de poder evitá-lo.

Em qualquer caso, o legislador teve o cuidado de eliminar ele-mesmo o risco mais grave, que consistiria em soluções de *surpresa*: a grande garantia da parte, insistimos mais uma vez, reside na protecção dos direitos da defesa»<sup>82</sup> e, quanto a essa protecção, Motulsky mostrava-se sossegado.

Como afirma Cécile Chainais, o Novo Código de Processo Civil de 1975 «está atravessado por um sopro, que lhe é dado pelos seus 24 primeiros artigos, consagrados, no título do capítulo I do seu livro I, aos “princípios directores do processo”<sup>83</sup>.

Esta noção de princípios directores do processo contencioso é moderna e mostra uma nova maneira de arrumar as matérias. Os franceses consideram esses princípios e o seu lugar primeiro no diploma, o frontão do código, a quintessência do processo, “a imagem de marca do novo Código”, “o traço permanente que os redactores legaram à posteridade”<sup>84</sup>.

Talvez haja nisto algum exagero. Mas a verdade é que esta técnica se encontra adoptada em muitos códigos ulteriores dentro e fora da Europa. Além das

<sup>81</sup> VINCENT BOLARD, “La philosophie des principes directeurs du procès”, Les principes directeurs..., op. cit.: 10 ss.

<sup>82</sup> *Ibidem*: 180/181.

<sup>83</sup> CÉCILE CHAINAIS *et alli*, *Procédure civile*, op. cit.: 36.

<sup>84</sup> *Ibidem*: 318.

*Civil Procedure Rules* inglesas de 1998 com os seus «*overriding objectives*», podemos mencionar o *Código General del Proceso* do Uruguai de 1988 (artigos 1.º-11.º), o *Código de Procedimiento Civil* venezuelano de 1990 (artigos 1.º-27.º), o *Código Procesal Civil* peruano de 1993 (artigos 1.º-10.º), o *Código de Processo Civil da Albânia* de 1996 (Parte I, Título I), o *Code de procédure civile, commerciale et sociale* do Mali de 1999 (Título I, Capítulo I, artigos 1.º-17.º), o *nouveau Code de procédure civile* da República Federal Islâmica das Comores de 2001 (Livro I, Título I, Capítulo I, artigos 1.º-29.º), o *Code de procédure civile* de Madagascar de 2003 (Primeira parte, Disposições preliminares, Capítulo I, artigos 1.º-24.º), o *Código de Processo Civil* brasileiro de 2015 (artigos 1.º-12.º) e o *nouveau Code de Procédure civile* do Luxemburgo de 2018 (I.<sup>a</sup> Partie, Livre 1.º, Titre II), e, ainda, o *Código de Processo Administrativo italiano* de 2010<sup>85</sup> e o *Código de Processo Civil português* de 2013.

## 7. Os princípios na codificação do direito processual civil português

Sendo embora um jusnaturalista, Alexandre de Seabra não deixou marcas desta doutrina no Código de processo cujo projecto elaborou.

Em perfeita sintonia com os códigos de processo civil do seu tempo, o Código de Processo Civil de 1876 está dividido em IV livros, contendo o primeiro as regras aplicáveis ao processo em geral (disposições gerais, competência, actos e termos do processo, cartas de ordem, precatórias e rogatórias e mandados, requerimentos, articulados, alegações, despachos e sentenças, custas e multas, nulidades, confissão ou desistência do pedido e transacção, caso julgado), e acompanhando os restantes três o desenvolvimento do processo nos três graus de jurisdição (do processo nos tribunais de primeira instância, do processo nas relações, do processo no supremo tribunal de justiça).

<sup>85</sup> O Código estabelece no Título I, Capítulo I, os «princípios gerais» da jurisdição administrativa: o princípio da efectividade (artigo 1.º: a jurisdição administrativa assegura uma tutela plena e efectiva de acordo com os princípios da Constituição e do direito europeu), do justo processo (artigo 2.º: paridade das partes, contraditório, e prazo razoável), e da motivação e sinteticidade dos actos (artigo 3.º). O artigo 39.º acrescenta que «em tudo não disciplinado pelo presente código aplicam-se as disposições do código de processo civil, desde que compatíveis ou expressão dos princípios gerais». Para PAOLO GROSSI, o chamado Código de processo administrativo italiano de 2010 não é verdadeiramente um código, antes «consiste sobretudo numa espécie de grande moldura, um desenho de princípios, que, enquanto princípios e não regras vinculantes no seu detalhado conteúdo, acabam implicitamente por conceder amplo espaço ao intérprete, em particular ao juiz chamado a fornecer conteúdos específicos em relação ao carácter concreto do caso», *Oltre la legalità*, Editori Laterza, Bari, 2020: 94.

A evolução do pensamento jurídico entre nós, na segunda metade de oitocentos e primeira metade de novecentos, da escola da exegese à jurisprudência dos conceitos, passando pelo naturalismo jurídico e pelo krausismo, não criou um ambiente cultural propício ao incremento de qualquer «principiologia».

O Código de 1939 está dividido em quatro livros: Livro I – *Da acção*; Livro II – *Da competência e das garantias de imparcialidade*; Livro III – *Do processo*; Livro IV – *Do tribunal arbitral*.

Este plano de exposição das matérias mereceu desde cedo a preferência de José Alberto dos Reis. Seguidor da obra de Chiovenda, Alberto dos Reis estudou a famosa prelecção de Bolonha de 1903 – «A acção no sistema dos direitos».

Desde as suas lições universitárias sobre teoria do processo de 1904, José Alberto dos Reis passou a adoptar um plano de estudos para o processo civil assente na tríplice distinção entre *acção*, *competência* e *processo*<sup>86</sup>.

De tal maneira se arreigou no seu espírito a bondade deste plano que José Alberto dos Reis o irá transpor para a sistematização que preside à estrutura do Código de Processo de 39.

Explicando o seu pensamento, escreve o autor: «A justificação das três primeiras divisões [do Código] e do seu conteúdo é fácil de fazer. O processo põe em contacto e em movimento três figuras, três entidades: o *autor*, o *réu* e o *juiz* (as partes e o tribunal). [...] Antes de se cuidar de saber como se propõe a acção e qual o andamento dela depois de proposta, matéria de que se ocupa o livro *Do processo*, importa determinar quem há-de propor a acção (capacidade e legitimidade do autor), contra quem há-de ser proposta (capacidade e legitimidade do réu) e em que tribunal deve ser intentada (capacidade e legitimidade do juiz)»<sup>87</sup>.

É duvidoso que se deva vincular a ordem de exposição das matérias de um código a uma visão tão fortemente doutrinária. Acresce que, enquanto Chiovenda sublinhava a importância do estudo da relação processual e dos respectivos pressupostos processuais, José Alberto dos Reis destaca, de entre estes, a competência, o que é uma reminiscência da importância lectiva da matéria respeitante à organização judiciária e do peso do magistério do seu mestre, Manuel Oliveira Chaves e Castro, que dedicou precisamente à competência dos tribunais a sua obra maior<sup>88</sup>.

Importa agora dizer algo sobre as *características* do Código. O Código de 39, de acordo com o próprio Alberto dos Reis, foi configurado na base de três

<sup>86</sup> JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Theoria do Processo*, Coimbra, 1904: 50.

<sup>87</sup> JOSÉ ALBERTO DOS REIS, «O novo Código...», op. cit.: 81.

<sup>88</sup> Refiro-me à obra *A organização e competência dos tribunais de justiça portugueses*.

princípios fundamentais: o princípio do *juiz forte, activo e informado*; o princípio da *oralidade* e o princípio da *concentração*.

Contudo, estes princípios são essencialmente princípios ideológicos, três ideias-força onde se fez assentar o novo edifício processual, mas sem serem erigidos em normas sobre normas e destacados enquanto tal no código, como aconteceu no novo código de processo francês.

Compulsando o Código de 39, facilmente se constata que é também um código de regras tendencialmente completo para o direito processual, deixando os princípios reservados para o direito substantivo, como se disse acima a propósito dos códigos de processo de oitocentos.

O Código abre com um capítulo dedicado às disposições gerais, não de todo o processo, mas da acção, no qual sobressai o artigo 3.º, onde a necessidade do pedido e da contradição não são transmutados, não por acaso, em princípios directores.

De resto, Alberto dos Reis, o qual, diga-se de passagem, tirando o livro *Processo Ordinário, Civil e Comercial* de 1907, nunca escreveu uma obra que versasse sobre os principais temas do processo civil declarativo, também nunca se debruçou *ex professo* sobre a categoria dos princípios, o que eram e representavam no sistema de direito.

Tal perspectiva só surge pela primeira vez nas lições de Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*<sup>89</sup>, como elemento de estudo da disciplina cuja regência assegurou a partir de Janeiro de 1934, em substituição de Alberto dos Reis, quando este foi incumbido de efectuar os estudos necessários para a reforma do Código de Processo Civil.

Manuel Andrade enuncia, sem carácter taxativo, XIII princípios fundamentais do processo civil, com especial referência ao processo declaratório, a saber: I. Princípio dispositivo; II. Princípio da auto-responsabilidade das partes; III. Princípio do contraditório (audiência contraditória); IV. Princípio da igualdade das partes; V. Princípio da eventualidade ou da preclusão; VI. Princípio da livre apreciação das provas; VII. Princípio da aquisição processual; VIII. Princípio da imediação; IX. Princípio da concentração, da oralidade e da identidade do juiz; X. Princípio da legalidade das formas processuais; XI. Princípio da economia processual; XII. Princípio da celeridade processual; XIII. Princípio segundo o qual a inevitável demora do processo, ou ainda a necessidade de recorrer a ele, não deve ocasionar dano à parte que tem razão.

Deve-se a Manuel de Andrade ter sido ele «quem abriu as portas que deitaram directamente da ciência jurídica nacional sobre a ampla e rica literatura

<sup>89</sup> Publicada pela última vez em 1976 pela Coimbra Editora.

processual germânica», influência que se nota precisamente, entre outros aspectos, na formulação dos princípios fundamentais do processo civil<sup>90</sup>.

Estavam, como estão ainda, abertas as portas da doutrina nacional, quando em 2013 se reformou, uma vez mais, o Código de 39. O Código passou a estar composto por seis livros, a saber: Livro I – *Da acção, das partes e do Tribunal*; Livro II – *Do processo em geral*; Livro III – *Do processo de declaração*; Livro IV – *Do processo de execução*; Livro V – *Dos processos especiais*; Livro VI – *Do tribunal arbitral necessário*, sendo que o Título I do Livro I é intitulado *Das disposições gerais e dos princípios fundamentais*.

Sem rasgo ou originalidade, os redactores da reforma quiseram enunciar algumas linhas essenciais que configuram o processo.

Estão agora elencados os seguintes dez princípios, encastoados de resto na tela original do diploma:

- Art.º 1.º: Princípio da prevalência da heterotutela sobre a autotutela;
- Art.º 2.º: Princípio do acesso a uma justiça efectiva, tempestiva e adequada;
- Art.º 3.º: Princípios do pedido e do contraditório;
- Art.º 4.º: Princípio da igualdade das partes;
- Art.º 5.º: Princípio da averiguação judicial;
- Art.º 6.º: Princípio da gestão processual;
- Art.º 7.º: Princípio da cooperação;
- Art.º 8.º: Princípios da boa-fé e lealdade processuais;
- Art.º 9.º: Princípio da recíproca correcção;
- Art.º 9.º-A: Princípio da utilização de linguagem simples e clara.

A lei considera estes princípios *fundamentais*. Os estudiosos costumam também chamar a estes princípios, caracterizados por serem legislativamente enunciados, na forma de lei escrita, princípios «expressos». Como realça Angelo Falzea, «a exigência da solene evidenciação nos textos legislativos é conatural à supremacia a eles atribuída em todo o contexto do direito positivo e ao papel condicionante que daí deriva a respeito de qualquer outra regra do ordenamento; uma exigência, essa, que explica como, além da solenidade do escrito, se recorra na ocorrência a uma distinta colocação topográfica, num espaço textual expressamente destinado a reunir o conjunto destes princípios»<sup>91</sup>.

A lista legal dos princípios fundamentais não esgota, porém, o elenco dos princípios expressos. A lei processual considera ainda como princípios (não

<sup>90</sup> JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, “Manuel de Andrade e o ensino do processo civil”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXXV (1959): 52/53 e 55.

<sup>91</sup> ANGELO FALZEA, *I principi generali del diritto...*, op. cit.: 358.

fundamentais) o princípio da limitação dos actos (art.º 130.º), o princípio da fundamentação das decisões (art.º 154.º), o princípio da estabilidade da instância (art.º 260.º), o princípio do inquisitório (art.º 411.º) o princípio da audiência contraditória (art.º 415.º), o princípio da plenitude da assistência do juiz (art.º 605.º) e o princípio da publicidade e continuidade da audiência (art.º 606.º).

Não acho curial proceder a um alargamento da lista, designadamente a coberto da defesa da existência de princípios implícitos. O perigo de uma tal operação consiste em ampliar em excesso o número de princípios do processo e de afogar na massa aqueles que o próprio legislador quis eleger enquanto tais.

Como diz Jacques Héron, «acontece com os princípios o mesmo que com os direitos fundamentais: quanto mais são em número, menos valem. Quando tudo se torna fundamental tudo deixa de o ser e quando tudo nos pretende conduzir mais depressa nos perdemos. Pensando bem, com um pouco de imaginação, é fácil ver princípios em todas as coisas e deles fazer a quintessência de quaisquer mecanismos jurídicos»<sup>92</sup>.

Realmente, o que impede, por exemplo, *com um pouco de esforço e de imaginação*, que os nossos juízes deduzam de um conjunto de proposições normativas ou inventem com recurso a elementos de heterointegração outros princípios, além dos legalmente expressos, tais como, por hipótese, os princípios da coerência, do diálogo, da ética conversacional, da não dispersão da prova ou, ainda, como tem acontecido com a jurisprudência brasileira, princípios chamados de identificação dos documentos anexados por via electrónica, para com esse fundamento rejeitar recursos, de moderação, na fixação das custas e de honorários, da transparência, para sanar actos nulos, etc., etc.<sup>93</sup>?

Importa, por isso, evitar e contrariar o subterfúgio de mascarar e fazer passar sob a capa de princípios meras construções oportunistas de espíritos irrequietos.

Voltando ao elenco legal. O que desde logo salta à vista é que os designados princípios fundamentais não se encontram ao mesmo nível. O princípio do contraditório e da igualdade das partes mais do que um princípio é, como dizia Motulsky, um «imperativo universal», a essência do processo. Como afirma

<sup>92</sup> JACQUES HÉRON/THIERRY LE BRAS, *Droit judiciaire privé*, 3.<sup>a</sup> ed., Montchrestien, Paris, 2006: 193/194. André de la Oliva Santos sublinha também que «é erróneo e perturbador denominar “princípios” todos os critérios gerais em virtude dos quais se opta por regular de um modo ou de outro o processo ou certos aspectos ou actuações deste»; “*cuando tudo são princípios, nada é princípio*”, *El papel del juez en el Proceso Civil, Frente a ideología, prudentia iuris*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2012: 18.

<sup>93</sup> IGOR RAAZ, “Ausência de um estatuto epistemológico dos princípios no direito processual brasileiro e o projecto instrumentalista de recrudescimento do poder jurisdicional”, disponível em [empriododireito.com.br/leitura/11](http://empriododireito.com.br/leitura/11).

Girolamo Monteleone, «o processo jurisdicional é a organização jurídica do contraditório: o processo é o contraditório no seu desenvolvimento. Portanto, jurisdição, juízo, processo e contraditório nada mais são do que sinónimos, as várias faces ou projecções de um único fenómeno»<sup>94</sup>.

Por outro lado, o princípio da cooperação, como já analisei noutro lugar<sup>95</sup>, vive à sombra do inquisitório e da averiguação judicial, ou, segundo outro ponto de vista, é um biombo que mal serve para aquele se esconder<sup>96</sup>.

Quanto ao princípio da gestão processual, também demonstrámos ser um princípio filho do *esprit du temps*, do neoliberalismo e da Troika, que significa, no fim de contas, três coisas: direcção formal do processo pelo juiz, economia processual e sanção dos pressupostos processuais<sup>97</sup>.

Além da morte, e não só simbólica, do dispositivo, dos «princípios» directores da reforma, pouco mais resta: o sancionamento da má-fé e dos abusos processuais e a obrigação de cariz deontológica de se ser correcto no trato. Até a parnasiana proclamação de que o conceito, ainda que fundo, seja entendido por todo o mundo, não escapa à crítica de se tratar de pouco mais do que uma mera recomendação de estilo, se não for acompanhada de uma profunda mudança de hábitos e de sistema<sup>98</sup>.

## 8. Os princípios internacionais, europeus e constitucionais do processo

Os acontecimentos históricos que conduziram às duas guerras mundiais estão na origem da criação, em 1945, da Organização da Nações Unidas.

A Carta das Nações Unidas, entrada em vigor em 24 de outubro de 1945, estabelece como órgão principal das Nações Unidas o Tribunal Internacional de Justiça (artigo 7.º) adiante abreviadamente designado TIJ.

O Capítulo XIV da Carta dedica a esse tribunal cinco artigos (artigos 92.º a 96.º) dispondo o artigo 92.º que o TIJ será o principal órgão judiciário das Nações Unidas, que funcionará de acordo com os Estatutos em anexo, que

<sup>94</sup> GIROLAMO MONTELEONE, *Manuale di diritto Processuale Civile*, Vol. I, settima edizione, Wolters Kluwer, CEDAM, Padova, 2015: 17.

<sup>95</sup> Ver o meu artigo “A cooperação processual civil entre um novo modelo e a sombra do inquisitório”, *O Direito*, 151 (2019), I, 9-53.

<sup>96</sup> JOSÉ LUÍS RAMOS, “Cooperação: Novidade ou Biombo do Aumento dos Poderes do Juiz?”, *O Direito*, 151(2019), I, 55-64.

<sup>97</sup> Ver o meu artigo “Juízes Gestores”, *O Direito*, 151 (2019), IV, 731-769.

<sup>98</sup> Sobre a experiência belga em ordem a assegurar uma linguagem jurídica clara, DIDIER KETELS e FLORENCE COLS, “Le langage juridique clair dans le monde judiciaire belge”, *Et si on parlait du judiciaire du 21.º Siècle?*, (sous la direction de Soraya Amrani-Mekki), Dalloz, Paris, 2019: 189 ss..

é baseado no Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da Carta.

O TIJ tem competência contenciosa e consultiva: decide de acordo com o direito internacional, os litígios de natureza jurídica que lhe forem apresentados pelos Estados, e dá pareceres consultivos sobre questões jurídicas, a pedido dos órgãos das Nações Unidas ou de agências especializadas.

A regulamentação do processo perante o TIJ consta no essencial do Estatuto acima referido e do Regulamento do TIJ adoptado no dia 14 de abril de 1978.

Perante um regime bastante fragmentado que consta daqueles dois instrumentos, a jurisprudência do TIJ foi levada a integrar as lacunas detectadas com recurso aos princípios gerais do processo e à elaboração de regras práticas neles inspiradas.

Por outro lado, a doutrina produziu já um manancial de trabalhos analíticos que permitem prognosticar que o direito processual internacional se possa transformar num ramo do direito internacional público.

O processo internacional distingue-se dos processos internos, em dois pontos marcantes: em primeiro lugar, na justiça internacional os sujeitos processuais, a quem é reconhecida plena legitimidade processual, são essencialmente os Estados (artigo 34 Estatuto); em segundo lugar, no ordenamento interno, a jurisdição é obrigatória ao passo que na ordem internacional o processo é facultativo, dependendo da vontade dos Estados.

Este último aspecto confere ao processo internacional características próprias de um processo arbitral e também por isso, pese embora a tendência do TIJ para a «jurisdicionalizar» cada vez mais o processo, é apropriado dizer-se, com Stefania Negri, «que o processo elaborado perante o Tribunal internacional de justiça apresenta os caracteres típicos tanto da função judiciária como do regulamento arbitral»<sup>99</sup>.

Esta autora, num trabalho de análise da jurisprudência do TIJ<sup>100</sup> ao longo de mais de 70 anos de actividade, explica que os princípios de direito processual internacional são autónomos em relação aos princípios gerais dos processos de derivação estatal – o que não significa, bem entendido, que estes não tenham tido influência-, e que, em matéria de processo, o TIJ nunca fundamentou qualquer decisão em qualquer um dos «princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas» previstos no artigo 38.º, 1, c) do Estatuto, e

<sup>99</sup> STEFANIA NEGRI, *I principi generali del processo internazionale nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia*, 2.ª ed., Edizioni scientifiche Italiane, 2020: 74/75.

<sup>100</sup> Mas também da jurisprudência de outros tribunais internacionais permanentes, tais como o Tribunal internacional do direito do mar, do Tribunal de justiça centro americana e o tribunal interamericano.

demonstra que o TIJ não se limitou a dar relevância e a aplicar normas já consagradas no plano internacional, antes «desempenhou um papel determinante na reconstrução do núcleo fundamental dos princípios gerais do processo judiciário de matriz seguramente internacional»<sup>101</sup>, tendo contribuído para o fenómeno chamado de *cross-fertilization* (fertilização cruzada) desses princípios.

Stefania Negri destaca e analisa os seguintes princípios do processo internacional, uns derivados do Estatuto e Regulamento, outros da *praxis* do TIJ:

- *Princípio do consenso* (artigo 36.º, 1, Estatuto): só o acordo de todos os Estados envolvidos é idóneo para instituir a jurisdição do TIJ e para lhe conferir a necessária competência para examinar e resolver as controvérsias;
- *Princípio compétence de la compétence* (artigo 36.º, 6, Estatuto): qualquer controvérsia sobre a jurisdição do TIJ será resolvida por decisão do próprio TIJ;
- *Princípio juris novit curia* (artigo 38.º Estatuto): o juiz internacional procede autonomamente à identificação, interpretação e aplicação das normas internacionais pertinentes ao caso, sem estar vinculado à indicação por parte dos Estados;
- *Princípio da liberdade do juiz em matéria de aquisição e valoração das provas* (artigos 58.º, 61.º, 62.º e 67.º do Regulamento);
- *Princípio onus probandi incumbit actori*: pertence ao autor o ónus de provar de forma adequada e suficiente os fundamentos da sua pretensão;
- *Princípio da livre colaboração das partes no julgamento de facto* (artigo 49.º Estatuto) – como decorrência do princípio da soberania, o juiz internacional não pode impor aos Estados a obrigação de produzirem meios de prova que o tribunal entenda necessários;
- *Princípio do livre convencimento do juiz na apreciação das provas*;
- *Princípio non ultra petita*: o TIJ só se pode pronunciar sobre as questões ou pontos de direito compreendidos nas pretensões expressamente deduzidas pelos Estados, estando vedadas a extrapetição, a ultrapetição e a omissão de pronúncia;
- *Princípio res judicata*: (artigos 59.º e 60.º, Estatuto) respeitante aos efeitos, formais e materiais, vinculantes produzidos pela sentença internacional no caso concreto, no que tange às partes no processo, em obséquio ao brocardo *res inter alios judicata neque nocet neque potest*;
- *Princípio da igualdade das partes*: por muitos considerado um princípio de «direito natural do processo» e com absoluta relevância e primazia sobre

<sup>101</sup> *Ibidem*: 240.

qualquer disposição contrária, «destina-se a assegurar às partes o gozo de iguais direitos de natureza processual e traduz-se no dever do juiz garantir a todos os Estados envolvidos no processo a chamada “igualdade de armas” parte integrante do direito a um processo equitativo (*fair trial*), que por sua vez constitui uma exigência ditada pelo direito internacional consuetudinário (“a requirement of customary international law”）」<sup>102</sup>. O princípio impõe «ao juiz internacional que diligencie a fim de que nenhuma das partes se encontre em condições de vantagem na apresentação do caso e, eventualmente, que neutralize qualquer vantagem gozada por uma delas」<sup>103</sup>. Na prática, «a igualdade das partes substancia-se na garantia de gozar das mesmas “oportunidades” oferecidas pelo processo contencioso e de exercer os mesmos direitos processuais; ter a possibilidade de submeter ao juiz as próprias argumentações; apresentar escritos defensivos e provas nos mesmos termos; praticar o mesmo número de actos processuais; dispor do mesmo tempo útil e expor o próprio ponto de vista no decurso da fase oral, em contraditório com a contraparte; ter igual direito de réplica; pretender a observância rígida das regras de processo e das “rules of debate”」<sup>104</sup>.

Ao princípio da igualdade liga-se o *princípio do contraditório* considerado um seu corolário, com ampla consagração no Estatuto e no Regulamento (artigos 31.º, 35.º, 4, 36.º, 2, 53.º, 55.º, 56.º, 2, 58.º, 2, 66 e 67.º, 1, 79ter, 4, 80.º, 3, 84.º, 2, Regulamento).

Um outro nível que importa averiguar é o do direito europeu. Num rasgado elogio aos juízes do Tribunal de Justiça da União Europeia, diz Paolo Grossi: «o colégio judicial de Luxemburgo apresenta-se como uma laboriosa oficina, onde prestigiosos juristas procuram *valores* para com base neles construir *princípios* capazes de dar adequada fundação a situações jurídicas vitais para a existência do cidadão europeu»<sup>105</sup>.

O direito europeu constitui uma ordem jurídica complexa, com uma estrutura composta por vários estratos que se erguem a partir de «uma camada profunda, radical, onde os valores se tornam princípios e os princípios consentem o reconhecimento de direitos fundamentais»<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> *Ibidem*: 173.

<sup>103</sup> *Idem*.

<sup>104</sup> *Ibidem*: 173/174.

<sup>105</sup> PAOLO GROSSI, *Oltre la Legalità*, op. cit.: 52.

<sup>106</sup> PAOLO GROSSI, *Oltre le Legalità*, op. cit.: 49.

Paolo Grossi realça o carácter jurisprudencial do direito europeu e o carácter tipificador da sua mensagem cultural e técnica e dá como exemplo três acórdãos do Tribunal de Justiça (sentenças *Stauder*, *Internationale Haldelsgesellschaft* e *Nold*, respectivamente de 12 de novembro de 1969, 17 de dezembro de 1970 e de 14 de maio de 1974), dos quais sobressai a existência de uma imbricação entre direitos fundamentais/tradições constitucionais comuns aos Estados-membros que logo se tornou «um recurso teórico para a satisfatória identificação de situações subjectivas vitais para o cidadão europeu»<sup>107</sup>.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 6.<sup>º</sup><sup>108</sup>, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 47.<sup>º</sup><sup>109</sup>, consagram ambas o direito a um processo equitativo<sup>110</sup>.

Tanto o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) como o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) têm assegurado, na respectiva esfera de competências, as garantias oferecidas por aqueles artigos.

<sup>107</sup> *Ibidem*: 49/50. No segundo desses acórdãos, na versão portuguesa, pode ler-se: «A invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado.

No entanto, o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça. A salvaguarda desse direito, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objectivos da comunidade».

<sup>108</sup> «1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça».

<sup>109</sup> Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal.

Qualquer pessoa tem direito a que a causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Qualquer pessoa tem a possibilidade de fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

<sup>110</sup> O Tratado da União Europeia enuncia um conjunto de princípios (da leal colaboração: artigo 4.º, atribuição, subsidiariedade, proporcionalidade: artigo 5.º), além de conter um Título dedicado às “Disposições relativas aos princípios democráticos” (artigos 9.º-12.º), e o Tratado sobre o funcionamento da União Europeia contém, também, uma primeira parte intitulada “Princípios”, além de enunciar alguns deles em matéria de ambiente (artigo 191.º), mas que aqui não serão tratados.

Em que medida os princípios da iniciativa, do dispositivo, da jurisdição e do contraditório têm sido afirmados e elaborados pelos tribunais europeus, ao assegurar o respeito das referidas garantias, foi o que indagou Georges Ravarani, juiz no TEDH, em recente estudo<sup>111</sup>.

Ora, tendo percorrido a jurisprudência dos dois tribunais europeus, o autor pôde concluir que «se o princípio do contraditório está claramente afirmado e elaborado, os três outros princípios – o princípio da iniciativa, o princípio dispositivo e o princípio da jurisdição – não estão mencionados por estes nomes, ainda que se possa detectar uma aplicação desses princípios num certo número de arestos»<sup>112</sup>.

Porém, como «em casa de ferreiro, espeto de pau», «fazendo voar em estilhaços as regras processuais relativas à reparação equitativa e mais geralmente, minando os alicerces do regulamento do tribunal apesar da importância e da razão de ser das regras de processo» (cfr. voto de vencido dos juízes Raimondi, O'Leary e Ranzoni), a Grande Chambre do TEDU, em manifesta violação do princípio *non ultra petita*, não viu especial impedimento em, por Acórdão de 30 de Março de 2017, no *Affaire Nagmetov c. Russie* (requête n.º 35589/08), arbitrar ao requerente, ex artigo 41.º da Convenção, a quantia de 50 000,00 € a título de indemnização por danos morais, apesar de não ter sido indicado o tipo de dano sofrido nem o montante pedido.

Vejamos agora o nível constitucional. No *Estado legislativo de direito*, os princípios não se procuravam na Constituição, mas na lei, sobretudo nos códigos, porque só ali continham força dispositiva.

Porém, o que caracteriza a nossa época, além da diversidade de regimes políticos, é, ao invés, a atribuição à Constituição da qualidade de norma jurídica, detentora da força normativa suprema, capaz de disciplinar, como nenhuma outra fonte, as relações entre os cidadãos e destes com o Estado, e, portanto, de fundar e tutelar os direitos.

Como defende Maurizio Fioravanti, «aquilo que caracteriza sob um plano histórico as democracias contemporâneas, as que nasceram – no que se refere à Europa – por volta da metade do século XX, da derrocada dos precedentes regimes totalitários, é a tentativa de confiar a resolução do histórico problema da garantia dos direitos à Constituição, através do mecanismo do controlo da constitucionalidade. Tal mecanismo desenvolveu-se no concreto da experiência daquelas democracias valorizando sempre mais o papel dos Tribunais, não

<sup>111</sup> GEORGES RAVARANI, “Les principes directeurs du procès en droit européen”, op. cit.: 47-78.

<sup>112</sup> *Ibidem*: 51.

só dos supremos, mas também dos ordinários, que viram assim mudar radicalmente [...] o sentido do seu operar, do seu papel, do exercício da sua função»<sup>113</sup>.

Esta tentativa de construir um eficaz sistema de garantia constitucional dos direitos representou, segundo o autor, uma relevantíssima mudança no plano histórico: não foi só um aperfeiçoamento da anterior forma de Estado, mas antes uma mudança profunda, uma autêntica *Verfassungswandlung*, que resultou numa nova forma de Estado: o *Estado constitucional*<sup>114</sup>.

Não admira que, neste ambiente cultural, com o passar dos anos, se tenha consolidado na doutrina a ideia de que o direito processual não é mais do que *direito constitucional aplicado*<sup>115</sup>.

Fala-se hoje abertamente de teoria constitucional do processo que se debruça *v.g.* sobre as inconstitucionalidades do processo, os princípios constitucionais do processo, sobre a existência ou não de uma matriz ou de um modelo constitucional de processo ou ainda sobre os conceitos de acção e de jurisdição<sup>116</sup>.

Neste plano, foram elevados a nível constitucional, por respeitarem a direitos considerados fundamentais, o direito de acesso a tribunais, imparciais e independentes, por meio de acção ou de defesa (artigo 20.º, 1, da Constituição), o princípio do processo equitativo, na sua vertente de contraditoriedade e de igualdade de armas (artigo 20.º, 4), o princípio do prazo razoável (artigo 20.º, 4), o princípio da tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º, 5), o princípio da legalidade (artigo 203.º), o princípio do dever de fundamentação (artigo 205.º, 1) e o princípio da publicidade das audiências (artigo 206.º).

<sup>113</sup> MAURIZIO FIORAVANTI, *La Costituzione Democratica, Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 51.

<sup>114</sup> *Ibidem*: 52.

<sup>115</sup> N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974.

<sup>116</sup> JOÃO DE CASTRO MENDES, “Art. 206.º (Função jurisdicional)”, *Estudos sobre a Constituição*, 1.º Vol., Petrony, Lisboa, 1977; OLIVEIRA ASCENSÃO, “Reserva constitucional de jurisdição”, *O Direito*, 123(1991), II-472; CARLOS LOPES DO REGO, “Acesso ao Direito e aos Tribunais”, *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, “O Direito fundamental do acesso aos Tribunais e a reforma do Processo Civil”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra, 2001; PAULO CASTRO RANGEL, *Reserva de jurisdição – Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*, Porto, 1997, *Repensar o Poder Judicial*, Universidade Católica do Porto, Porto, 2001: 251-332; JORGE MIRANDA, “Tribunais, Juízes e Constituição”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 59(1999); JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Inconstitucionalidades do Código de Processo Civil (antes da revisão de 1995-1996)”, *Estudos sobre o direito civil e processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002: 11-25; ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Constituição e Processo Civil”, *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007: 543-567; JOSÉ LEBRE DE FREITAS e CRISTINA MÁXIMO DOS SANTOS, *O processo civil na constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

Não creio que se possa dizer com consciência cultural e política que o modelo de processo configurado no Código de Processo Civil se encaixa com facilidade naquele conjunto de garantias e princípios<sup>117</sup>.

Com efeito, enquanto as sucessivas reformas democráticas do processo civil se têm preocupado, fundamentalmente, em aumentar e reforçar os poderes do juiz e diminuir os das partes<sup>118</sup>, esquecendo ou não querendo saber que as necessidades da justiça ficam melhor satisfeitas se aos interessados for deixada a liberdade de demarcar o objecto do processo civil e de nele intervir, conforme os seus interesses, a Constituição preocupa-se, sobretudo, em proteger e tutelar os direitos da pessoa humana e conceber o juiz como um órgão do processo que é o instrumento incumbido de ministrar justiça a quem a pedir.

## 9. Cinco argumentos contra o jusmoralismo «pós-moderno»

Quer a legislação, quer a decisão por princípios, defendidas por Rodotà, aqui estão, no meio de nós, aparentemente irremovíveis. O direito está dissolvido, como observa Agostino Carrino, «no mar sem limites dos princípios que geram princípios, dos valores fundados em valores, das sentenças que se erguem, neste ponto necessariamente, por cima dos interesses concretos dos particulares e da comunidade»<sup>119</sup>.

Para Paolo Grossi, o novecentos jurídico é um século longo, um século «pós-moderno». Ao contrário, por exemplo, de Hobsbawm que, no seu conhecido livro *The Age of Extremes* considera o novecentos um século curto, encaixado entre a Primeira Guerra Mundial e a implosão da União Soviética (1914-1991), Grossi considera que já nas últimas décadas de oitocentos se começam a sentir «germinações pós-modernas», que irrompem com a crise do Estado de direito, com a crise da lei e das fontes e com a função tradicional do intérprete

<sup>117</sup> Não me parece que o «apagão» do dispositivo, que nem sequer o processo autoritário consagrado pela ditadura militar de 26 e depois mantido em 39 ousou afastar, seja aceitável à luz do respeito pela autodeterminação e pela dignidade de qualquer cidadão individualmente considerado.

<sup>118</sup> É para mim claro que sendo o espaço processual um espaço limitado onde se praticam actos em sequência, a atribuição nesse espaço de mais poderes ao juiz só se pode fazer à custa das partes. A menos que se amplie «a torta», o que não é provável que aconteça em tempo de simplificação e economia processuais, será sempre assim.

<sup>119</sup> AGOSTINO CARRINO, *La Costituzione Come Decisione, Contro i giuristi moralisti*, Mimesis, Milano, 2019: 128. Este autor, que define Constituição, em sentido moderno, como a *decisão política fundamental em forma de lei que um povo, enquanto ente de cultura, assume sobre a modalidade e os conteúdos da própria existência estadual presente e futura*, procura superar a alternativa clássica entre decisão e norma por meio de uma visão unitária, inspirada em Schmitt e Kelsen.

da lei, para depois brotarem nas Constituições rígidas do pós-guerra, no direito jurisprudencial dos tribunais constitucionais e eurounitários e no direito global numa evolução constante ainda inacabada<sup>120</sup>.

Porque me considero mais próximo de Hobsbawm e dos ecos da Marsehesa, não posso deixar de me inquietar com muitas destas germinações que conduziram ao agora chamado Estado constitucional de direito.

Esta época em que nos encontramos, de prevalência do neoconstitucionalismo, da principiologia e da teologia dos direitos, caracteriza-se por cinco diferentes mas complementares características, a saber: *desaparecimento da factispécie; incalculabilidade do direito, absolutismo axiológico, balança inexistente e espada esquecida* e, por fim, *activismo judiciário*.

### 9.1. *Desaparecimento da factispécie*

Emilio Betti, o introdutor em Itália do conceito e do nome *fattispecie*, explica desta forma o mecanismo interno de qualquer norma jurídica: « [...] preceito hipotético, ou seja condicionado, o qual consta de uma previsão (condição) e de uma correspondente disposição ou estatuição. Isto significa que nela a) se prevê em abstrato e em geral uma dada hipótese de facto ou fatispécie, b) se dispõe um correlativo tratamento jurídico. Isto é, estatui-se que, cada vez que se verifique tal factispécie, deve haver lugar para um correspondente e determinado efeito»<sup>121</sup>.

O direito para regular os factos futuros tem de dispor sobre eles, seleccionando-os e ensaiando reduzir a imprevisibilidade desses eventos. Para essa redução ser operativa e porque tais eventos são desprovidos de qualquer determinação, o direito necessita de os tipificar, de os considerar de modo geral e abstracto. «Mediante a factispécie, o direito “pensa” o futuro»<sup>122</sup>.

Ora, as normas-princípio surgem como normas sem factispécie ou com factispécie indeterminada, normas que não satisfazem o esquema hipotético «se A, então B», «mas atribuem direitos não condicionados, enunciando princípios e regras de convivência e tutelando interesses e bens colectivos»<sup>123</sup>. Segue-se, na sua tarefa applicativa, o recurso pelo juiz a critérios meta ou supra-positivos, a passagem da lei ao direito e deste, ou em sua substituição, directamente

<sup>120</sup> PAOLO GROSSI, *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, 2011.

<sup>121</sup> EMILIO BETTI, *Diritto Romano*, I, Padova, 1935: 4, citado por Natalino Irti, *Un Diritto Incalcolabile*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016: 21.

<sup>122</sup> NATALINO IRTI, *Idem*: 21.

<sup>123</sup> *Ibidem*: 26.

aos valores, que não precisam de factispécie, porque tudo abrangem e a tudo respondem<sup>124</sup>.

## 9.2. *Incalculabilidade do direito*

Segue-se ainda que o direito se torna incalculável. «*A calculabilidade só é garantida por factispécies abstractas de normas estáveis*»<sup>125</sup>.

Os direitos ocidentais actuais foram engendrados a partir das necessidades e dos interesses que a actividade prática dos homens reveste nas estruturas sociais e económicas correspondentes.

Max Weber observa que o cálculo é o instrumento de precisão da racionalidade económica e do capitalismo ocidental. O capitalismo moderno foi posto a funcionar através de disposições legais racionais, em cuja duração se pode confiar, e calculáveis, portanto, no seu alcance e aproveitamento económicos<sup>126</sup>; «as exigências de *calculabilidade* e de confiança no funcionamento da ordem jurídica e da administração da justiça são uma necessidade vital do capitalismo racional»<sup>127</sup>; ou, dito de outro modo: «a *calculabilidade* é indispensável para o desenvolvimento do capitalismo, do funcionamento da organização estatal que lhe oferecem as normas racionais da moderna administração burocrática»<sup>128</sup>.

O cálculo previsional, explica Nicos Poulantzas, «só pode ser satisfeito se o direito responder aos caracteres da abstracção, generalidade, formalismo e fixação em regras estáveis e duráveis. Só assim o direito poderá ser concebido de antemão como aplicável à grande maioria possível de casos. Só através da sua abstracção se poderá erigir em normas compreendendo casos específicos cada vez mais numerosos, só pela sua generalidade poderá adquirir uma autonomia em relação às particularidades de cada caso concreto, só pelo seu formalismo ele poderá realizar efectivamente uma independência em relação a um “conteúdo” sujeito às flutuações imponderáveis da economia, só pela sua regulamentação “sistemática” poderá assegurar uma fixidez durável, base de qualquer cálculo a respeito do futuro»<sup>129</sup>.

<sup>124</sup> *Idem*: 36 e 50.

<sup>125</sup> *Ibidem*: 35.

<sup>126</sup> MAX WEBER, *Economia Y Sociedad, Esbozo de sociologia comprensiva*, Fondo de Cultura Economica, Madrid, 1993: 192.

<sup>127</sup> *Ibidem*: 238.

<sup>128</sup> *Ibidem*: 833.

<sup>129</sup> NICOS POULANTZAS, *Nature des Choses et Droit, Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, LGDJ, Paris, 1965, 258/259.

Poulantzas registava já, em 1965, uma tendência inversa, que se manifestava paralelamente nos direitos ocidentais, consistente numa regulamentação flexível e em fenómenos como os da arbitragem ou dos casos de não-direito<sup>130</sup>.

Era, na altura, tarefa difícil suspeitar da dimensão que aquela nova tendência acabou por ter e muito menos avançar uma explicação para o facto de o capitalismo poder desfazer-se do direito formal e poder funcionar na base de um direito líquido, que dispensa as factispécies e os juízos subsuntivos<sup>131</sup>.

Para N. Irti, esta nova tendência presta-se a diferentes leituras: ou o capitalismo enfrenta outros poderes com capacidade para introduzir outros princípios materiais de decisão (consumidores; classes «débeis», etc.); ou o capitalismo não tem mais necessidade do direito estadual, das normas e das factispécies abstractas, porque conta com o seu próprio direito, a *lex mercatoria*, dos grandes escritórios de advogados, das arbitragens internacionais e dos acordos planetários; ou porque aposta na desregulação, na pirataria financeira e num capitalismo de aventura e especulativo<sup>132</sup>.

O que interessa aqui não é optar por qualquer uma destas leituras, mas sublinhar que o regresso a um *direito incerto*, apenas tornado certo com a sentença «criadora» do juiz, baseada, não numa regra preexistente, mas em considerações morais produzidas pelo próprio, pode converter o juiz burocrata num profeta e satisfazer os interesses de alguns negócios, mas não torna a vida segura para a maioria dos que anseiam por uma decisão previsível<sup>133</sup>. Como por várias vezes tem realçado o nosso filósofo José Gil, «ninguém pense que se pode viver em estado instável. Só se vive com continuidades»<sup>134</sup>.

### 9.3. *Absolutismo axiológico*

Comecei este trabalho com a distinção entre regras e princípios. Está agora na altura de acrescentar um terceiro conceito, o de valores.

O artigo 16.º, 2, da nossa Constituição preceitua que «os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpreta-

<sup>130</sup> N. IRTI, *Ibidem*, nota 18.

<sup>131</sup> Karl Mannheim, por sua vez, correlacionava lei formal com capitalismo concorrencial e irracionalismo jurídico com capitalismo monopolista, N. IRTI, op. cit.: 16 e 39 ss.

<sup>132</sup> *Ibidem*: 15 e 37.

<sup>133</sup> Contra o que chama a «lógica monística da factispécie», considerada de todo inadequada aos nossos dias, PAOLO GROSSI, op. cit.: 79 ss.

<sup>134</sup> JOSÉ GIL, “O futuro não me parece bom”, *Expresso*, 1 de agosto de 2020.

dos e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem»<sup>135</sup>.

Quer isto dizer que, com esta regra, se pretendeu impregnar os direitos fundamentais «dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da ideia de Direito, à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, toda a ordem jurídica portuguesa – têm de ser pensadas e postas em prática»<sup>136</sup>.

Por outro lado, o artigo 1.º do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 dispõe que «o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código»<sup>137</sup>.

Dois bons exemplos de profissão de fé nos valores e princípios supraleais, ideologia nova que impregna o neoconstitucionalismo e o jusmoralismo (pós) modernos.

Os princípios positivam valores, mas nem todos os princípios têm um conteúdo ético. Não se descortina que sentido ético subjaz ao actual artigo 9.º-A

<sup>135</sup> Na linha da Declaração francesa de 1789, a Assembleia Geral da ONU aprovou, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que enuncia em 30 artigos uma série de direitos fundamentais, a partir de um ideário de liberdade, de dignidade e de igualdade, imbuído de um espírito de fraternidade entre os homens (artigo 1.º). Ao lado das tradicionais liberdades – de pensamento, de associação, de tutela da liberdade pessoal contra medidas restritivas do poder –, da presunção de inocência, do direito a uma justiça imparcial, do princípio da legalidade das penas, do direito de propriedade, a Carta reconhece outros direitos: direito à privacidade (artigo 12.º), o direito a uma nacionalidade (artigo 15.º), direito ao casamento e de constituir família (artigo 16.º), direito à plena liberdade religiosa e à liberdade de culto (artigo 18.º), direito à informação (artigo 19.º), direito à segurança social (artigo 22.º), ao trabalho (artigo 23.º), ao repouso (artigo 24.º), a um adequado nível de vida (artigo 25.º), à educação e ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º). Acrescem ainda outros direitos políticos, designadamente a liberdade de circulação das pessoas dentro e fora do próprio país (artigo 13), o direito de asilo para quem seja perseguido por motivos políticos (artigo 14.º), e o direito de participar directamente através de eleições por sufrágio universal no governo do seu próprio país (artigo 21.º).

<sup>136</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005: 140. Para Jorge Miranda, a função do artigo 16.º, 2, da Constituição consiste em situar os direitos fundamentais no contexto mais amplo da Declaração Universal, em vincar que os direitos conferidos pela Lei Fundamental não estão à mercê do Estado-poder e que, pelo menos, os direitos, liberdades e garantias pessoais não são direitos criados, mas direitos reconhecidos pelo Estado, por terem o seu fundamento na consciência jurídica dos homens e dos povos. Trata-se de uma concepção jusnaturalista dos direitos do Homem, não sendo, porém, imediata a eficácia da Declaração, “A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição” (artigo 16.º), *Estudos sobre a Constituição*, I, Livraria Petrony, Lisboa, 1977: 59-61.

<sup>137</sup> Sobre o artigo 1.º do CPC brasileiro, por todos, FREDIE DIDIER JR, *Curso de Direito Processual Civil*, I, 21.ª ed., Editora Juspodium, Salvador, 2019: 54.

do Código de Processo Civil, e assim será para quem veja no inquisitório uma regra meramente técnica.

De todo o modo, depois de integrados no sistema normativo, os valores não mantêm o seu *status* originário, sofrendo uma mutação semântica.

O processo de moralização do direito não é fenómeno novo. A ciência jurídica alemã no segundo pós-guerra encontrou na filosofia dos valores, mais do que no direito natural tomístico, considerado pouco moderno e científico, um instrumento de recuperação da legitimidade perdida. Partindo de uma ética material dos valores, alguns juristas procuraram «converter a actuação da Constituição de uma actuação de normas e decisões numa actuação de valores»<sup>138</sup>.

Não cabe aqui indagar se esta conversão foi conseguida e o que aconteceu de novo de então para cá. Importa, no entanto, saber o que acontece e o que pode acontecer quando se vai à procura de superar a actual crise da lei e da política no arquivo da filosofia dos valores.

Os valores não têm um ser, mas uma validade; um valor não é, mas vale<sup>139</sup>.

Os valores, ao contrário das normas, valem *em si* e *por si*, são independentes das coisas, dos bens e das factispécies.

Como bem explica P. Femia «os valores não estão nem dentro nem fora: são o outro do sistema. *Não estão fora* – não há um conteúdo, um cosmos, um sistema fundamental do qual depende ou brota o direito – na moral ou alhures. De outro modo o sistema jurídico seria colonizado por outros sistemas; ou então o argumento do exterior (“há um direito celeste, uma moral superior, etc.) é apenas um modo para actuar sobre o interior do sistema jurídico vedando adaptações para impedir respostas inoportunas às solicitações (irritações) do ambiente. *Não estão dentro* – porque, se estivessem dentro, seriam absorvidos pelas operações do sistema normativo, que em seu agir acaba por nivelar todos os conteúdos, eliminando as diferenças – já que, se cada diferença encontrasse uma resposta, uma prestação do sistema, então as diferenças não existiriam mais, mas haveria apenas prestações do sistema. *O estar sempre em outro lugar* dos valores, a sua alo-topia, determina-lhes a função de contestação do existente: não haverá jamais um ser adequado ao dever ser, porque qualquer que seja a realidade, sempre será possível imaginar um estado de mundo diverso, no qual os valores encontrariam uma realização maior’»<sup>140</sup>.

<sup>138</sup> CARL SCHMITT, *La tirania dei valori, riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Adelphi Edizioni, 2008: 32.

<sup>139</sup> *Ibidem*: 46.

<sup>140</sup> PASQUALE FEMIA, “Segni di valori”, *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a.3,n.º 1, jan.-jun./2014:4, disponível em: <http://civilistica.com/segni-di-valori/>. Data de acesso: 20.07.2020.

Neste estimulante estudo, que não é aqui possível sintetizar, o autor deixa claro que não é viável sistematizar valores, mas sim proposições, sinais, significados, normas, e que não é correcto falar-se *em aplicação de* valores como se fossem normas: os valores não constroem nem fundam regras, antes as destituem e lhes contestam a vigência<sup>141</sup>.

Não admira pois que as decisões judiciais fundamentadas exclusivamente em valores não estejam senão apoiadas no vazio ou em si mesmas e possam ser vistas como resultado do subjectivismo do intérprete e dos seus «pontos de ataque»<sup>142</sup>.

#### 9.4. *Balança inexistente e espada esquecida*

A jurisprudência principialista, como vimos, serve-se do método interpretativo chamado «balanceamento dos princípios», discorrendo incansavelmente sobre pesos, pesagens e pratos da balança «sem pensar na figura que ergue no punho a balança, ou seja a justiça verdadeira e própria, que de princípios assim entendidos sabe bem pouco, tanto assim que no outro braço empunha de modo bem firme a espada»<sup>143</sup>.

A designação dada a esta característica parte, como é manifesto, do símbolo da justiça que se encontra em todos os tribunais, e o presente número segue de perto o terceiro capítulo da obra de Claudio Luzzati, *Principi e Principi*.

O autor divide este capítulo em duas secções: a primeira – *La bilanca inesistente ovvero la dinamica dei principi* – é dedicada à balança que não existe, ainda que muitos se comportem como se existisse; a segunda – *La spada dimenticata ovvero la ricomparsa della politica* – é dedicada à espada que, ao invés, existe, ainda que muitos finjam que não existe<sup>144</sup>.

Não sendo este o lugar para entrar em detalhes sobre a densa análise de Luzzati, importa, no entanto, reter a proposta do autor para a construção de um método efectivo para actuar uma mensuração dos princípios, tendencialmente rigorosa e indiscutível.

O autor descarta duas técnicas extremas e igualmente imprestáveis: «a primeira abordagem é *demasiado exigente* (ou demasiado pouco compreensiva). Retem que para se estar autorizado a falar de “balanceamento” é preciso não só construir um *sistema de medida* organizado *quantitativamente* mas também ter à

<sup>141</sup> *Ibidem*: 42.

<sup>142</sup> CARL SCHMITT, *Ibidem*:53 e N. Irti, op. cit: 27.

<sup>143</sup> AGOSTINO CARRINO, *La Costituzione...*, op. cit.: 117.

<sup>144</sup> CLAUDIO LUZZATI, *Principi e Principi*, op. cit.: 122.

disposição *instrumentos* de precisão idóneos a determinar o peso dos princípios. É óbvio que assim o balanceamento dos princípios nunca se salvará; a segunda abordagem é *demasiado pouco exigente* (ou demasiado compreensiva). Para se poder falar de “balanceamento” como método praticável, esta abordagem contenta-se em exigir que os princípios a “ponderar” sejam *simplesmente tomados em consideração para compará-los no raciocínio justificativo*. Esta aproximação é tão débil e tolerante que bem pouco exclui: deste modo o balanceamento dos princípios salva-se quase sempre»<sup>145</sup>.

Em alternativa ao que os juristas costumam chamar de balanceamento, isto é, a uma comparação feita caso a caso, com critérios variáveis e confusos e, na maioria das vezes, confortada nos precedentes dos tribunais constitucionais<sup>146</sup>, o autor propõe um modelo normativo de balanceamento assente em três requisitos: i) *requisitos preliminares* (exigência de que os elementos a balancear sejam *do mesmo tipo e do mesmo nível*)<sup>147</sup>; ii) *requisitos definitórios* (para que o balanceamento possa ser controlável e replicável, é preciso preencher determinadas condições de base, a saber: entre os elementos sujeitos a ponderação deve haver uma relação de um «ter igual peso» ou «pesar mais»; a preferência deve ser transitiva: se A pesa mais do que B e B pesa mais do que C, então A deve pesar necessariamente mais do que C; dados dois princípios em ponderação, só podem existir três possibilidades, que se excluem reciprocamente, e cuja relação não muda consoante o contexto: ou pesam o mesmo, ou o primeiro pesa mais do que o segundo ou vice-versa; deve utilizar-se um *único critério* para avaliar se um princípio pesa mais ou menos ou tem o mesmo peso de um outro princípio)<sup>148</sup>; iii) *requisitos de estabilidade* (tal como na experimentação científica, as operações de balanceamento devem poder ser reproduzidas à vontade e darem sempre o mesmo resultado, em igualdade de condições)<sup>149</sup>.

Não sei se este modelo evita que o balanceamento se transforme numa mesquinha negociação, própria de um «mercado de gado», como, sem grande

<sup>145</sup> *Ibidem*: 168.

<sup>146</sup> *Ibidem*: 182.

<sup>147</sup> Com efeito, a «pesagem só faz sentido entre elementos homogéneos e quando não se saiba já que uma medida, ainda que mínima, do valor X é superior a uma qualquer medida, mesmo que grande, do valor Y. Por um lado, é preciso que haja qualquer coisa em comum que torne comparáveis os valores pesados, e a procura desta “qualquer coisa” pode exigir análises subtis e bastante controversas; por outro lado, a existência de uma prioridade absoluta, o lexical, cria *de per se* incomensurabilidade: uma semelhante escala preconstituída de valores está numa relação de exclusão a respeito de qualquer ponderação», *Ibidem*: 174.

<sup>148</sup> *Ibidem*: 175 ss.

<sup>149</sup> *Ibidem*: 181.

entusiasmo, Luzzati espera que ocorra<sup>150</sup>. Mas sei que, por detrás da espada que a figura da justiça empunha, está sempre outra espada – a do poder político –, e que, por mais afiada que aquela esteja e espadeire as factispécies concretas com o vigor dos princípios, não pode remediar o actual deficit de iniciativa democrática das forças políticas<sup>151</sup>.

### 9.5. *Activismo judiciário*

O activismo judiciário constitui actualmente uma realidade global.

Este activismo não se confunde e nada tem que ver com o papel criador da jurisprudência, quando se assevera que a interpretação dos textos normativos é uma operação não cognoscitiva de uma norma preexistente, mas produtiva de uma norma nova, o que, em sede de teoria geral, há muito se reconhece aos juízes, além da hipótese mais óbvia de integração do direito lacunoso<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> *Ibidem*: 169. A. CARRINO afirma, por seu lado, que «a chamada “técnica do balanceamento” é a negação declarada da norma como regra, o abandono consciente de uma tradição jurídica em nome de uma banal retórica jusumanista que põe em circulação uma *específica ideia* de razão como a razão *tout-court*, atirando para a escória dos retrógrados e dos “irracionalistas” quem não aceita este método de comerciante», op. cit.: 316/317.

<sup>151</sup> Valorizar o papel do político, isto é, da decisão, ao lado da norma, foi o que fez Agostino Carrino no trabalho que tenho citado. Diz-nos ele que: «*Decisão e norma* são portanto os dois momentos necessários de uma compreensão do direito como mecanismo de estabilização, embora temporário. Ter deslocado tudo para a norma de principio contraposta à norma entendida como regra positiva produto de uma decisão política quer dizer imaginar uma sociedade caótica, onde todavia de quando em vez alguém está em posição de decidir “com justiça” criando uma lei a partir de um caso singular que não é a factispécie, mas só o pretexto para um “balanceamento” de princípios segundo princípios», op. cit.: 99.

<sup>152</sup> Sobre a criação do direito pelos juízes, por todos, RICCARDO GUASTINI, *Teoria e dogmática...*, op. cit.: 99 ss. Antunes Varela, falando da integração de lacunas e falhando a analogia, diz que, por meio do artigo 10.º, 3, do Código Civil, o juiz «é alçado ao plano dos *órgãos criadores do Direito*», «não para agir com a *liberdade criativa* própria do legislador, cujo poder apenas se subordina, em princípio aos *ditames básicos* da lei *constitucional*, mas para actuar com a *autonomia limitada* do colaborador num empreendimento de carácter colectivo», “O papel do jurista na sociedade portuguesa contemporânea, discurso de 1983 na Igreja de São Roque, Lisboa”, ANTUNES VARELA, *O político e o cidadão, do Estado Novo ao Portugal de Hoje*, Almedina, Coimbra, 2019: 116. Contra o excessivo subjectivismo do juiz na interpretação e aplicação da lei, o que não invalida, porém, inevitáveis colorações pessoais das valorações materiais e da decisão de vontade, KARL ENGISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 234 ss. Cfr. também KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994: 345, que alerta para a tentação do juiz, na procura da solução justa do caso, deixar de lado «o complicado e nem sempre satisfatório caminho relativo à interpretação e aplicação da lei».

Como explica Robert H. Bork, «os juízes activistas são aqueles juízes que proferem sentenças sem qualquer conexão plausível com a lei que declaram aplicar, ou que deformam e até contradizem o significado de tais leis chegando a conclusões baseadas em princípios nem de longe contemplados por aqueles que as escreveram e votaram»<sup>153</sup>.

Uma das tendências mais notadas nas democracias ocidentais consiste em transformar temas morais e políticos em questões jurídicas que, em vez de serem resolvidas através da dinâmica democrática por órgãos representativos, são relegados para os tribunais, que não são directamente responsáveis perante os eleitores.

Por outro lado, a lista dos direitos (sem deveres) não cessa de aumentar. Fala-se até no direito a ser preso, e um dos últimos livros do recentemente falecido civilista S. Rodotà, co-autor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (note-se que com «o mesmo valor jurídico dos Tratados»), tem significativamente o título *Il diritto di avere diritti*<sup>154</sup>.

Os tribunais supremos dos EUA, Canadá e de Israel têm sido considerados os chefes de fila deste *imperialismo judiciário*<sup>155</sup>, fenómeno que está longe de se circunscrever a estes países<sup>156</sup>.

Sendo assim as coisas, pede-se, por exemplo, ao poder judicial – e não só nos referidos países ou na América Latina, onde o neoconstitucionalismo é uma corrente particularmente pujante – que obrigue um presidente da República a usar máscara protectora de uso obrigatório geral, que proíba ao governo a injeção de capital numa companhia aérea por se discordar do plano de serviços mínimos dessa companhia; vêem-se tribunais arbitrar indemnizações por danos não patrimoniais que ninguém pediu, fixar tarifas eléctricas, telefónicas ou ferroviárias de um país, ordenar que o Estado proceda à demolição de uma penitenciária e construa no seu lugar um museu, ou que as partes num contrato efectuem determinadas prestações para obras sociais não previstas naquele contrato, ou ainda que, com fundamento no princípio da solidariedade, corrijam

<sup>153</sup> ROBERT H. BORK, *Il giudice sovrano, Coercing virtue*, Liberilibri, Macerata, 2007: 18/19. Constituem também manifestações deste activismo a jurisprudência *consequence-oriented* pela qual os tribunais impõem sem cobertura legal limites, temporais e outros, aos seus julgados. Para uma crítica deste consequencialismo, VALENTINA CAPASSO, *Giudici consequenzialisti, La modulazione temporale degli effetti delle pronuncie tra eficácia ultra partes ed effettività della tutela*, Edizioni Scientifiche Italiane, Bari, 2020.

<sup>154</sup> Já Baudelaire: «On a oublié deux droits dans la Déclaration des Droits de l'Homme: celui de se contredire et celui de s'en aller», ALBERT CAMUS, *Carnets I*, Folio I, Gallimard, 2019:142.

<sup>155</sup> *Ibidem*: 26.

<sup>156</sup> Sobre o activismo do Tribunal Constitucional português em época de crise, GONÇALO ROCHA PEIXOTO, “Activismo judicial nas decisões do Tribunal Constitucional?”, *O Direito*, 149 (2017), II, 403-439 e bibliografia aí citada.

a relação entre as prestações económicas devidas por uma parte do contrato à outra, etc. etc.<sup>157</sup>.

## 10. Conclusão

Numa recente obra, com o título provocador *Oltre La Legalità*, Paolo Grossi insurge-se contra aqueles a quem chama prosélitos do iluminismo e do jacobinismo que continuam a defender os pilares do Estado de direito – princípios da separação de poderes e da legalidade –, porquanto o conceito setecentista de legalidade é hoje um fóssil longínquo incapaz de invocar a complexidade jurídica que estamos a viver.

No seu entender, é necessária uma visão renovada da ordem jurídica que ultrapasse o *incantamento verticistico e monodico* da experiência jurídica moderna e que se adapte ao pluralismo jurídico da complexa realidade *pós-moderna*. Tal só é possível através de uma centralidade focada nos princípios e nos direitos fundamentais e na *invenzione* do direito por parte do corpo de juristas<sup>158</sup>.

Ou, dito de outro modo: através de um modelo com os seguintes traços: «realização de uma unidade jurídica no respeito da sua diversidade interior; relação intensamente dialéctica entre unidade jurídica e diversidade particular; valorização dos juristas na produção do direito (já que o direito é coisa dos juristas e não de políticos) e sobretudo da ciência jurídica pela sua capacidade de mostrar princípios harmonicamente acomodados e tendencialmente ilimitados»<sup>159</sup>.

Ora, por mais que se diga o contrário, este modelo é, no essencial, o modelo medieval, o modelo do *ancien regime*, que a Revolução Francesa quis derrubar.

Há pouco mais de duzentos anos, a Revolução Francesa inventou a melhor divisa que a humanidade poderia ter arranjado para resumir o sistema de valores do mundo moderno: *Liberté, Egalité, Fraternité*.

<sup>157</sup> Estes exemplos são retirados de casos recentes dos tribunais portugueses, brasileiros e argentinos e ainda do caso *Nagmetov c. Russie* acima referido.

<sup>158</sup> PAOLO GROSSI propôs este novo conceito – *invenzione* – numa recolha de estudos, *L'Invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2017, querendo significar não qualquer coisa que se cria por parte do poder político, mas qualquer coisa que se deve procurar e encontrar (nas raízes de uma civilização), de acordo com o significado do termo latino *invenire*.

<sup>159</sup> PAOLO GROSSI, *Oltre La Legalità*, op. cit.: 38.

Actualmente, o melhor elogio que poderemos fazer à nova visão do mundo criada pelos iluministas é mostrar que a riqueza do seu conteúdo está longe de se ter esgotado, o que é exactamente o contrário de um *avenir à reculons*<sup>160</sup>.

Expus atrás as razões pelas quais não me parece de seguir o caminho indicado por este historiador do direito, autor de uma famosa obra sobre a ordem jurídica medieval – *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995 – e antigo presidente do Tribunal Constitucional italiano.

Só quero acrescentar mais uma observação: nenhum pluralismo justifica o actual activismo judiciário que acarreta um perigo duplo: por um lado, que o Estado de direito se transforme cada vez mais num Estado dos juízes; por outro lado, que provoque uma reacção contrária, que pode levar, como se assiste já hoje, na Hungria e na Polónia, à restrição das garantias judiciárias<sup>161</sup>.

Como o combate à pandemia de Covid-19 veio demonstrar, o Estado continua a ser o mais eficaz instrumento de que uma sociedade organizada pode dispor para perseguir os fins colectivos e garantir a todos os cidadãos a tutela dos direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei.

Só a utilização de regras compartilhadas que limitam o subjectivismo do intérprete pode permitir a previsibilidade das decisões jurisprudenciais e garantir a igualdade de tratamento de casos objectivamente iguais<sup>162</sup>.

Sem dúvida que a história acabou por dar razão a S. Rodotà quando, na sua prelecção de 66, apontou a técnica de legislar por princípios como a mais adequada para responder aos desafios da vida moderna.

Aquele civilista, cuidou, porém, de alertar para que tal posição «só à custa de graves mal-entendidos podia referir-se a matérias como a penalística ou a processual» e muito menos ainda em relação às liberdades civis nas quais se «substancia já a defesa das razões mais profundas do indivíduo». Quanto a essas, «a cristalização em fórmulas jurídicas rígidas é o destino mais desejável»<sup>163</sup>. Não temos outra saída.

<sup>160</sup> SAMIR AMIN, *L'eurocentrisme, Critique d'une idéologie*, Anthropos, Paris, 1988, *passim*. ANTONIO PADOA SCHIOPPA encontra, na Carta dos Direitos da União Europeia, «a pegada permanente da Revolução Francesa, com o trinómio da liberdade, igualdade e fraternidade», *Storia del diritto in Europa, Dal medioevo all'età contemporanea*, 2.ª ed., Il Mulino, Bologna, 2016: 711.

<sup>161</sup> A. CARRINO, *op. cit.*: 230/231.

<sup>162</sup> VALERIO SPEZIALE, "Il "declino" della legge, l'"ascesa" del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale", *Costituzionalismo.It*, Fascicolo 1/2018 – Commenti – Parte III: 220; GIOVANNI D'AMICO, "L'insostituibile leggerezza della fattispecie", *Giustizia Civile*, 1, 2019: 42.

<sup>163</sup> STEFANO RODOTÀ, "Ideologie...", *op. cit.*: 89.