

1 INTRODUÇÃO

O Direito contemporâneo apresenta, dentre diversas características, uma grande preocupação com sua organização e autocontrole, buscando uma convergência para a maior clareza possível do que deve ser a conduta jurídica do homem.

Tais características, de forma inevitável, fazem com que o Direito escrito, codificado, assuma uma relevância e um significado, praticamente conduzindo para uma interpretação de que seja visto e defendido em diversas ocasiões e por muitos como o único formato possível e aceitável de Direito. O Positivismo¹ jurídico em muito contribuiu para essa visão, a partir do momento em que de forma ideológica limitou o reconhecimento de qualquer modalidade normativa que não fosse aquela prévia e meticulosamente construída pela sociedade, a partir de estrita observância a critérios preestabelecidos, sob pena até mesmo de não validade da regra disponibilizada.

Essa interpretação reducionista do que efetivamente compõe o Direito, limitando-o à mera existência da regra construída dentro de inarredáveis formalismos, acaba por fazer com que a sociedade e os operadores do direito se tornem absolutamente dependentes de uma regra escrita. Isso explica, em parte, outro fenômeno que se verifica na atualidade –o decretismo,^{2 3} que dificulta a efetividade das normas e ainda fomenta cada vez mais um desconhecimento quanto às regras disponíveis para disciplinar as ações da sociedade.

O excesso de regras decorrente de uma preocupação permanente do controle do Direito pelo próprio regramento que ele produz faz com que a sociedade e os operadores do Direito se deparem com uma “trama de regramentos”, tecida sem levar em consideração a possibilidade de construção e aplicação desses regramentos com base em princípios. Como o conhecimento do direito se presume,⁴ sendo que a ninguém é dado alegar o desconhecimento das regras, o

¹ O Positivismo, enquanto doutrina concebida pelo filósofo francês Augusto Comte (1798-1857), se baseia nos fatos e na experiência. O Positivismo jurídico, daí derivado, implica o reconhecimento de um direito que existe a partir de um ato concreto de sua formação e prática, promovido pela ação humana.

² Decretismo é a compreensão de que todas as questões podem ser resolvidas a partir da edição de uma norma (regra), o que implica na proliferação de regras escritas e que pode ser observado como uma das principais características e anomalias do Direito contemporâneo. Raramente uma regra se exaure em si quanto ao direcionamento da conduta, remetendo, permitindo ou necessitando de uma regra inferior para disciplinar o seu objeto e trazer maior clareza.

³ Ver sobre decretismo em artigo de Guillermo O'Donnell (O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa. *Plataforma Democracia*. Tradução do artigo original “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy*, v. 5, n. 1, p. 55-69, January 1994. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/11566.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2016.

⁴ O art. 3º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro estabelece que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. (BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2016.

direito positivado se apresenta como estando ao alcance do intelecto de todas as pessoas, desde as mais eruditas às mais iletradas. O Brasil conta hoje com milhares, senão já na casa do milhão, de regras jurídicas somente originadas de votação das diversas casas legislativas (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores). Se considerados os decretos (nas três esferas), resoluções e demais atos normativos, o número cresce significativamente, chegando a uma total impossibilidade de conhecimento real⁵ por parte do cidadão quanto àquilo que deve ser a sua conduta diária.

O conhecimento real de cada regra, no seu detalhamento, por parte de cada cidadão, é algo impossível de ocorrer em razão das claras limitações existentes; essa realidade explica a baixa efetividade das regras escritas.

Enquanto a regra escrita é venerada como a legítima composição do Direito, não obstante não ser cumprida adequadamente pelas razões acima expostas, verifica-se certa apatia quanto à valorização e adoção dos princípios de direito. A eles se direciona a imputação de serem genéricos e de não garantirem a necessária “segurança jurídica”.

Os princípios, enquanto pontos norteadores tanto para a formação quanto para a aplicação do direito, não são observados com a atenção merecida nesses dois momentos. O apego excessivo à regra faz com que os eles sejam utilizados subsidiariamente na prática jurídica, quando deveria ser exatamente o contrário.

Isso porque, se a regra se apresenta eficiente para a garantia da segurança jurídica, os princípios se tornam imprescindíveis para a concretização da justiça, que deve ser sempre a aspiração máxima do direito. Segurança jurídica sem justiça foge completamente à mais elementar proposta de benefício do direito para a sociedade. Por outro lado, a preocupação com a justiça sem mecanismos que efetivem a segurança jurídica traz significativa vulnerabilidade àquela.

Essa necessidade de garantia de segurança jurídica e, ao mesmo tempo, de implementação da justiça faz com que regras e princípios exerçam papéis fundamentais na existência do direito, não podendo este ser construído ou aplicado de forma monolítica, ou seja, somente alicerçado em um ou em outro.

A construção e aplicação do direito dentro de uma perspectiva principiológica revela um amadurecimento do homem jurídico em sua obsessão por praticidade, organização e justiça.

⁵ “O conhecimento real, tal qual entendido pela epistemologia, implica em uma relação de índole muito especial entre um sujeito e um objeto, que consiste em uma espécie de penetração recíproca de ambos.” (SANTOS, 1966)

2 CONCEITO DE PRINCÍPIOS

De acordo com a Linguística, a expressão princípio remete a uma vasta rede de significados, em sua grande maioria voltados para aspectos filosóficos e com uma clara identificação com a busca de consolidação de ideias.

A visão léxica de princípio, interessante notar, não está concentrada apenas no indicativo de origem, mas também e sobretudo de estabilidade. É evidente o direcionamento para uma percepção voltada para fundamento, alicerce, caráter e referência.

O Dicionário Aurélio aponta para uma definição que bem ilustra o indicativo da expressão e apresenta princípio como “origem de algo, de uma ação ou de um conhecimento.” O conceito se estende ainda a “preceito”, “regra”, “lei”, não podendo deixar de considerar também o indicativo de “base” ou “germe”.

Dentro da expressão eminentemente filosófica, ou vocabulário filosófico, denomina-se o termo princípios como o conjunto das proposições diretoras às quais todo o desenvolvimento posterior é subordinado. Essa definição parece sintetizar tudo o que se busca aqui entender quanto ao conceito de princípio e também remete a uma ampla compreensão da importância e do propósito de um princípio de direito.

Os princípios de direito, na esteira dos princípios de uma forma geral, se relacionam a uma origem e propósito, buscando demonstrar aquilo que primeiramente a razão humana reputou como justo, conveniente e acima de tudo lógico. A partir daí toda discussão referente à questão busca o que motivou no primeiro instante a identificação do lógico, conceituado moralmente como certo.

Os pontos definidores de princípios indicam com eficiência o significado e as expectativas quanto ao tema. Ressai daí a ideia de preceito vinculado à noção de regra e de lei (estas duas no seu sentido mais extenso e genérico possível, conforme será detalhado nos tópicos seguintes). Efetivamente, princípio é o mesmo que preceito e este, por sua vez, significa regra de procedimento, norma, doutrina e até ensinamento.

Ora, se princípio tem um significado tão amplo e tão determinante como constituem os sinônimos acima apresentados, é de se concluir facilmente que, ao se definir princípio, está se definindo também uma obrigatoriedade de conduta.

Os princípios estão, portanto, dentro do universo de indicativos de conduta que se espera e se exige das pessoas. Quando se afirma algum princípio, não se faz apenas para ilustrar ou mesmo para reiterar uma expectativa de conduta. Quando anunciados, os princípios são dentro de uma exigência de conduta. Não se trata, por conseguinte, de uma possibilidade

acessória ou subsidiária, e sim de uma conduta efetiva que se deve observar por parte de quem ou do que o princípio se refere.

O conceito de princípios de direito deve, necessariamente, resguardar a distinção que se faz de regras no seu sentido técnico, ou seja, do direito escrito. Quando se conceitua princípio como regra, isso se faz dentro de uma generalidade, caminhando para a ideia de norma. Esta sim, dentro do universo jurídico, se apresenta como um gênero do qual as regras (em sentido estrito, no campo do Direito) e os princípios são espécies. Os teóricos do Direito caminham nessa direção quando apontam esse conceito e o fazem com uma evidente preocupação de distinguir regras (em sentido estrito) de princípios, mas os identificando como normas. É assim a visão de Robert Alexy, que reconhece que princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.

Tanto regras quanto princípios são normas. Entretanto convém deixar claro que princípios se definem como regras de uma forma geral (sentido extenso) e se diferenciam de regras (enquanto em sentido estrito, no campo do Direito). Ambos (princípios de direito e regras) compõem o universo normativo do Direito. Estão para serem exigidos dentro de suas respectivas aplicabilidades e respeitadas as condições hierárquicas, conforme será exposto mais adiante.

Portanto, princípios de direito podem ser definidos como sendo o conjunto de preceitos revestidos de generalidade que se apresentam como proposições diretoras quando da interpretação do direito para sua feitura e/ou sua aplicação.

Esse conceito deixa evidente que a interpretação do direito com base em princípios deve ocorrer tanto para a construção do Direito (no seu aspecto relacionado ao regramento) como também na sua efetivação, assim entendida a sua conformação com o fato.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRINCÍPIOS

A teoria dos princípios precisou percorrer etapas até chegar à compreensão e importância que possui na época contemporânea. Essa trajetória encontrou como principal estrada pavimentada o Direito Natural, que inaugura a primeira fase da evolução histórica principiológica atinente ao direito, denominada Jusnaturalismo, em que se enfatizam os princípios como reflexos ou mesmo como espelhos do Direito Natural.

Para os jusfilósofos defensores do Direito Natural, este decorre tanto da inteligência humana, de sua capacidade racional, como também da vontade divina. Daí se perceber que o Direito Natural, em seu primeiro momento, assume um caráter lógico e também moral. Como

lógico, espelha uma verdade, algo que o dinamismo dos fatos permite com naturalidade entender como conveniente em termos de conduta. Em termos morais, verifica-se um direcionamento para um direito que emana diretamente da vontade divina, coincidindo com uma noção ou propósito de justiça.

Na Idade Moderna, o Direito Natural, especialmente na Europa, foi largamente discutido como uma alternativa de justiça às circunstâncias sociais e políticas da época, quando o Absolutismo despertava na sociedade de uma forma geral e em alguns teóricos em particular um ânimo novo, a ponto de torná-los árdios defensores do Jusnaturalismo. Esse foi o caso de Hugo Grocius,⁶ que enfatizou a importância dessa ideia e chegou a conjecturar que o Direito Natural existiria ainda que Deus não existisse ou ainda que, existindo Ele (Deus), não se preocupasse com as questões relacionadas ao homem. Na concepção desse filósofo holandês, o Direito Natural é algo intrinsecamente vinculado à natureza humana.

A segunda fase da evolução histórica dos princípios é o Positivismo, em que a busca da objetividade científica atinge o direito, tendo como primeira consequência seu afastamento da moral. O Direito Natural passa a ser compreendido como um amplo sistema de princípios e passa a integrar os códigos, entretanto funcionando apenas de maneira subsidiária ao direito positivado, não lhe sendo garantida a observância de características decorrentes do Direito Natural, tais como imutabilidade e obrigatoriedade.

Nessa fase (positivista) o direito é visto exclusivamente como norma dentro de seu aspecto formal e toda ordem jurídica é uma, única, e somente se legitima se emanada do Estado. Esse ordenamento jurídico formal é valorizado pela impressão de sua completude como ordenamento jurídico capaz de suprir lacunas.

A terceira fase é a pós-positivista, também denominada Neopositivismo. Nessa fase, coincidente com o atual momento do Direito, se permite verificar um completo afastamento de qualquer distinção entre normas e princípios. Os juristas contemporâneos têm sido incisivos no sentido de buscar estender uma compreensão útil e abrangente aos princípios, integrando-os ao mundo normativo e dando a eles uma prioridade na aplicação do direito.

A defesa que ora se faz dos princípios é no sentido de que haja também uma claríssima distinção entre regras e princípios e que ambos estejam compreendidos no gênero norma, ou seja, esta se compõe pelos dois. Assim, é correto afirmar que a percepção de norma se faz possível a partir do momento em que se percebe a existência de uma regra ou de um princípio ou de ambos.

⁶ Hugo Grocius, filósofo holandês (1583-1645), se constitui como uma das referências dentre os diversos pensadores que proclamaram a importância do direito natural, bem como a sua existência no mundo do direito.

O Constitucionalismo,⁷ enquanto modo de expressar o Direito contemporâneo, demonstra uma relação às vezes indissociável quanto aos princípios, dando a eles a função que ocupam no mundo jurídico, que é o de efetivamente se constituírem em normas. Daí expoentes e apologistas desse sistema defenderem que os princípios jurídicos constituem o esteio de um Constitucionalismo adequado e que o Direito atual é um sistema jurídico aberto de princípios e regras, na visão de J. J. Canotilho.

4 CLASSIFICAÇÃO E HIERARQUIA DOS PRINCÍPIOS

Na visão do Professor Frederico Gabrich, citando Bergel, alguns modelos teóricos estabelecem a existência de princípios maiores e menores, conforme anunciado em artigo de sua autoria:

De acordo com um primeiro modelo teórico, existem princípios menores (por exemplo, o princípio que estabelece que a lei e o contrato são fontes das obrigações) que estão submetidos aos chamados princípios maiores (por exemplo, o princípio da segurança jurídica), que são mais importantes que os primeiros e que determinam as diretrizes gerais de todo o sistema. (CANOTILHO, 2000. p. 51).

A partir do reconhecimento da existência de princípios maiores e menores, se estabelece desde logo a possibilidade de uma classificação e uma hierarquia. Isso compreende a existência de princípios que sejam fundamentais, gerais e os específicos.

Os princípios fundamentais são aqueles que se relacionam a aspectos ideológicos, observáveis na formação e aplicação do direito e que estão acima até mesmo da vontade do legislador ou do intérprete do direito. São, na verdade, presença garantida no momento da operacionalização do direito, não cabendo discutir o se aplicar, mas o como aplicar. Esses princípios fundamentais podem ser exemplificados, dentre diversos, como o princípio da dignidade humana, da liberdade, etc.

Os princípios gerais se caracterizam primeiramente por se fazerem presentes no Direito, entretanto sem estarem ladeando os princípios fundamentais. Se não afrontarem os princípios fundamentais, poderão ser manejados pelo legislador infraconstitucional. Em determinados momentos, podem aparentar uma contradição entre princípios dessa mesma

⁷ O Constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

categoria, como é o caso do *pacta sunt servanda*⁸ contrastando com o *rebus sic stantibus*.⁹ Cabe, portanto, ao legislador, garantir que este segundo princípio possa se aplicar, desfazendo uma obrigação assumida pela parte dentro de um contrato. Exemplo disso é a cláusula do contrato de adesão, em que o consumidor concorda com o foro do domicílio do fornecedor do produto e/ou serviço. Ainda que tenha concordado, o consumidor poderá contestá-la posteriormente por expressa concessão legal, que, em tese, afrontaria o princípio da obrigatoriedade de cumprimento do combinado.

Por sua abrangência e valores por eles criados e tutelados, os princípios fundamentais possuem sua raiz no Direito Natural, o que expressa uma característica de exigência independente de tempo ou lugar. Guardam, portanto, inteira afinidade com a razão humana e estão a garantir as mais elementares necessidades do homem.

Convém transcrever aqui a interessante conclusão do Professor Frederico Gabrich sobre os princípios fundamentais:

Hierarquicamente, os princípios fundamentais existem para garantir a inserção e a concreção de valores mais importantes, mais relevantes e mais caros à sociedade submetida a determinado ordenamento. Por isso, pode-se concluir que todo princípio fundamental é também geral, mas nem todo princípio geral é um princípio fundamental. (GABRICH, 2007, p. 393.)

Os princípios específicos estão restritos a determinadas vertentes do Direito e no âmbito deste dão as diretrizes. Não se pode operacionalizar certo ramo do Direito contrariando seus princípios específicos. Nesse sentido, toma-se como exemplo dessa especificidade a proibição de retroagir a Lei Penal para tipicidade de crimes, não obstante o permita, também por força de princípio, quando para benefício do acusado. Soma-se a esses exemplo a informalidade nos casos de competência dos Juizados Especiais (tanto cíveis quanto criminais) e tantos outros em cada compartimento do Direito.

O posicionamento hierárquico dos princípios – se de maior ou menor importância – se dá a partir dos valores por eles tutelados ou que venham a ser inseridos no contexto jurídico, sendo isso fundamental para dirimir eventual conflito. Assim, se um princípio geral colide com um fundamental, haverá de prevalecer este.

⁸ *Pacta sunt servanda* é o princípio que prevê a obrigatoriedade de cumprimento, nos limites da lei, pelas partes, do que tenha sido pactuado.

⁹ *Rebus sic stantibus* é o princípio que faz exceção à regra do cumprimento obrigatório de um pacto.

Diversos juristas tentam apresentar outras classificações dos princípios, entretanto entende-se que nenhuma delas substitui a tríade acima apontada, devendo ser recepcionadas como mera forma de melhor explicitar as diferentes categorias existentes.¹⁰

5 OS PRINCÍPIOS E SEU CARÁTER NORMATIVO

A índole positivista do Direito contemporâneo faz passar uma mensagem à sociedade, e em muitos casos aos operadores do direito, de que este (Direito) está circunscrito à norma escrita e em especial dentro de sua literalidade. A “letra da lei”, de maneira direta e às vezes contundente para o apontamento de uma ou outra providência, leva, não raro, à ideia de que ali reside o direito na sua forma completa e, por via de consequência, até mesmo de justiça.¹¹

Não basta, entretanto, que o direito se mostre existente apenas pela presença de uma regra escrita e devidamente submetida a um contexto formal para sua elaboração. É necessário que o princípio se faça presente desde o primeiro momento que compreende a elaboração de uma regra, e também quando da efetivação das regras no seu processo de adequação ao fato. A inobservância dos princípios quanto ao seu caráter normativo acaba por contaminar o Direito no seu aspecto de regramento.

Os princípios não constituem meras abstrações para o mundo jurídico. São eles efetivamente normas e como tais se impõem e estabelecem um sistema conduzido pela razão, de maneira que os princípios maiores possam se sobrepor a outros, no caso os princípios menores.

Tal como se organizam as regras, também ocorre com os princípios. Essa organização mostrada pela razão demonstra de maneira firme o quanto o mundo principiológico se ocupa com sua eficácia, garantindo assim que se faça prevalecer no direito de forma expressiva, como sói ocorrer com as regras.

Portanto, não se deve olvidar que princípios são normas, ficando a eles garantida a exigibilidade de cumprimento e não apenas servindo como uma visão abstrata, retórica e didática para fazer entender pontos do direito.

¹⁰ José Cretela Júnior aponta a seguinte classificação dos princípios: “a) princípios onivalentes ou universais que são comuns a todos os ramos do saber, que se encontram em qualquer ciência; b) princípios plurivalentes ou regionais que são princípios comuns a um determinado grupo de ciências; c) princípios monovalentes que são princípios que fundamentam um só campo de conhecimento e d) princípios setoriais que são aqueles que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência”. (CRETOLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro:Forense, 1986. p. 15.)

¹¹ Não raro se tem a impressão, no mundo jurídico, de que, ao aplicar o direito, estará sempre se fazendo justiça. Essa associação equivocada é um dano para a sociedade, pois abre espaço para direcionamentos despóticos por parte do direito em nome da justiça, facilitando a imposição dos regimes autoritários perante seus cidadãos.

6 OS PRINCÍPIOS NO DIREITO CODIFICADO

O Direito codificado sempre existiu, não podendo ele ser confundido com o Direito positivo, porquanto a este se aplica um processo de sistematização dentro das ideias do Positivismo.¹²

O Positivismo jurídico somente fez encontrar através do processo de codificação das normas uma maneira fácil de se apresentar dentro do que pressupõe a característica fundante e sistematizadora inserida no pensamento positivista.

Como o Positivismo é relutante em reconhecer tudo que não se encontra sistematizado e aferível, o que se apresentar como direito mas não contemplar tais características não será reconhecido como tal. Dessa maneira, o que não resultar da experiência humana não cabe ser tido como existente, podendo ser compreendido como mera ilação. Essa redução do direito apenas a um caráter positivo é criticada pelo jurista argentino Eduardo Angel Russo,¹³ ao afirmar que:

*Sabemos que el universo de las regulaciones es virtualmente infinito, como sabemos que lo jurídico, propiamente dicho, ocupa una parte importante, pero sólo una parte, de esse universo. Cuáles son entonces, las pautas que nos pueden permitir separar a las normas jurídicas del resto de las normas de ese universo?*¹⁴. (RUSSO, 1997, p. 75.)

¹² As normas escritas e dispostas em códigos remontam a tempos anteriores à sistematização do pensamento positivista, o que pode ser percebido, por exemplo, no conteúdo da Lei das 12 Tábuas e nas Ordenações do Reino, que inclusive constituíram o Direito brasileiro da época colonial.

¹³ O jurista argentino Eduardo Angel Russo descreve elucidativo exemplo dessa relação entre regras e princípios, o fazendo como verdadeira advertência aos que tomam o direito como decorrente exclusivamente de regras escritas. Ao comentar célebre conferência ministrada por Ferdinand Lassale em abril de 1862,¹³ asseverou em seu discurso a seguinte advertência: “Sabem ustedes, señores, que en Prusia sólo tienen fuerza de ley los textos publicados en la Colección Legislativa. Esta colección Legislativa se imprime en una tipografía concessionaria situada en Berlin. Los originales de la leyes se custodian en los archivos del Estado, y en otros archivos, bibliotecas y depósitos se guardan las colecciones legislativas impresas. Supongamos ahora, por un momento, que se produjera un gran incendio, por el estilo de aquel magno incendio de Hamburgo, y que en él quedasen reducidos a escombros todos los archivos del Estado, todas las bibliotecas publicas, que entre las llamas pereciese también la imprenta concessionaria de la Colección Legislativa, que lo mismo, por una singular coincidencia ocurriera en las demás ciudades de la monarquia, arrasando incluso las bibliotecas particulares en que figurara esa colección, de tal modo que em toda Prusia no quedara ni una sola ley, ni un solo texto legislativo acreditado en forma auténtica”. (RUSSO, Eduardo Angel. *Teoria General del Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 75) O imaginário incêndio descrito por Lassale era um desafio a determinadas escolas que relutavam em reconhecer o direito fora daquele efetivamente escrito. Se real o seu exemplo, estaria o Estado desprovido de aparatos jurídicos para viabilizar a convivência social?

¹⁴ Sabemos que o universo dos regulamentos é virtualmente infinito, como sabemos que o jurídico, propiamente dito, ocupa uma parte importante, porém somente uma parte desse universo. Quais são, então, as diretrizes que podem nos permitir separar as normas jurídicas do restante das normas desse universo? (tradução nossa)

Como os princípios apresentam sua gênese no Direito Natural e este se encontra intrinsecamente relacionado à capacidade racional do homem e adequado à sua noção de justiça; ao ser o direito reconhecido como apenas aquele que se expressa de forma positiva, não há como se esquivar da inserção dos princípios no contexto jurídico, buscando a forma prática imposta pelo Positivismo, orientando para sua codificação. Isso fez surgir nos regramentos princípios literalmente transcritos e nominados como fundamentos, emitindo a noção de um direito realmente existente e ao mesmo tempo deixando entender que, se não estivesse codificado, tal exigência estaria afastada do contexto legal do Estado. Exemplo bem claro é o que se verifica na Constituição da República Federativa do Brasil, que estampa os mais diversos princípios conferindo a eles uma coloração positivada, como é o caso da dignidade da pessoa humana,¹⁵ da liberdade¹⁶ e da igualdade. Pode-se afirmar que essas três regras foram transpostas do Direito Natural para o Direito Positivo e constituem uma categoria de princípios por excelência, exigindo que tudo que se cria ou se aplica no âmbito do Direito Positivo se faça em conformidade com o mesmo.

Como os princípios também se apresentam de forma organizada e são passíveis de uma hierarquização, tal qual ocorre com o Direito codificado, verifica-se uma completa pulverização por todos os compartimentos do Direito, motivo pelo qual os mais diversos ramos possuem seus princípios específicos. É o que ocorre, por exemplo, no Direito Penal, que atua dentro de direcionamentos principiológicos, como é o caso da anterioridade da lei para a possibilidade de imputação a alguém de qualquer conduta típica e antijurídica. Faz-se presente também no Direito Administrativo, Tributário, enfim, em todos os ramos.

A inserção dos princípios nas normas codificadas claramente atende a uma precaução do legislador. Ao reconhecer a predisposição da sociedade e dos aplicadores do direito em evidenciar as normas positivadas, por cautela a letra da lei já é construída com a máxima mitigação possível das possibilidades de que o direito seja aplicado conjugando-se os esforços para a realização da justiça, o que, em tese, não aconteceria se esta (justiça) fosse buscada apenas com a aplicação do que dispõe determinada regra.

Ao contemplar os princípios dentro do texto legal, a sociedade recebe com maior facilidade um indicativo de melhor conduta e os operadores do direito a eles se vinculam de maneira direta e sem espaços para discussões. Ocorre que nem todas as normas codificadas

¹⁵ O Inc. III do art. 1º da Constituição Federal aponta como um dos fundamentos do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana.

¹⁶ A liberdade é apresentada na Constituição Federal como sendo um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

contêm em seu bojo a transcrição de princípios, o que às vezes conduz à necessidade de uma discussão para verificar suas devidas aplicações.

7 PRINCÍPIOS E REGRAS

Questão de alta relevância no cotidiano jurídico é o relacionamento entre princípios e regras, por estas entendido o texto da lei, cuidadosamente elaborado pelo legislador.

A regra estabelece um dever ser e busca dar efetividade aos princípios. É característica sua se cercar ao máximo das condições que se impõem a um fato, limitando-o ou fazendo concessões. É também de competência da regra trazer o elemento coativo e garantidor do direito, o que o torna distinto da moral.

Ao implicar possibilidade de coação, a regra cumpre uma dupla função: garantir a efetividade e o vigor do direito de uma forma geral e definir sua abrangência, podendo desde logo ser conhecido seu alcance.

A regra, portanto, não guarda uma finalidade em si mesma. Ela projeta um fato, indicando a quem ele pode alcançar.

Esses são, portanto, os contornos da regra dentro do Direito. Este, mais amplo, abrangente, necessitado de espaço para impor seu conceito. Aquela, a regra, mais restrita dentro do Direito e absolutamente previsível quando moldada ao fato. Pode-se dizer, portanto, que o Direito não cabe dentro da regra, o que implica que o texto é incapaz de abarcar aquilo que o Direito efetivamente pretende.

É no reconhecimento dessa significativa dimensão do Direito e no caráter bem delineado da regra que se encontra um interessante e às vezes controvertido ponto, merecedor de uma reflexão permanente, que é a relação entre regras e princípios.

Os princípios estão para além do que conjectura a regra; trazem o direcionamento interpretativo desta. Se já é sabido que a regra não possui um fim em si mesma, é de se entender que em determinadas ocasiões, ainda que um fato se apresente, não se fará necessário aplicar o que dispõe o texto normativo. Isso se verifica nos inúmeros casos em que o direito é interpretado de maneira teleológica e o que se busca é um bem maior nem sempre possível a partir da aplicação da regra.

A aplicação teleológica do direito é uma clara demonstração de que ele não está compreendido somente no mundo da lógica normativa positivada e sim dentro do que pressupõe a Axiologia.

O caso de colisão de regras a serem aplicadas a um fato facilmente se resolve com a prevalência daquela de maior hierarquia. Não há motivo, por exemplo, para levar a exaustivas discussões se será aplicado um regramento federal ou municipal. Por óbvio prevalecerá o maior. O mesmo também ocorrerá em caso de divergência entre uma lei ordinária e uma complementar. De fato, o direito dentro de seu caráter de regramento se incumbem de proceder a este autocontrole. Não se questiona a objetividade e a eficiência desse controle da regra pela própria regra.

Não são raros os casos em que a colisão ocorre entre regra e princípio. Havendo essa divergência, haverá de prevalecer o princípio, pois este se sobrepõe àquela. Se a regra é a portadora de uma segurança jurídica, porquanto seu cumprimento resulta em estancar a possibilidade de um caos social, por outro lado haverá que se resguardar a própria sociedade contra as limitações do texto escrito. É exatamente nessa situação que se verifica o embate entre regras e princípios.

Ocorrendo a confrontação entre regras e princípios, haverá, inquestionavelmente, a prevalente aplicação destes. Isso decorrerá da interpretação do operador do direito em atuação no exato momento. Essas interpretações costumam surpreender o mundo jurídico quando são anunciadas, mas posteriormente acabam por serem vistas como algo justo e decorrente de uma decisão acertada. É o que ocorre com a jurisprudência, que em determinados momentos extrapola a literalidade da regra escrita e adota um posicionamento contrário, fazendo entender no primeiro momento que o direito está sendo violado.

Exemplos de julgados nesse sentido podem ser apontados em expressiva quantidade, porém convém destacar particularmente o julgamento de um Recurso de Agravo de Instrumento¹⁷ pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que se revela singular na demonstração de um claro embate entre regra e princípio.

No caso em tela, um casal com filhos adotou outro filho, proporcionando a todos um crescimento e formação adequados. Quando já adultos, o irmão adotivo passou a ter um romance com a irmã, vindo esta a engravidar. Como não tinham parentesco biológico, mas somente socioafetivo, pretenderam se casar, mas não puderam, tendo em vista que o Código Civil impede o matrimônio de irmãos. Desse relacionamento nasceu um filho, que, ao ser registrado, documentaria uma situação típica de incesto, podendo isso ser verificado pela

¹⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível n. 1.0056.06.132269-1/001*. Comarca de Barbacena. Apelante: PCSF. Apelado: MGSF. Relator: Desembargador Nepomuceno Silva. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudência/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?nui>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

indicação dos avós, já que tanto os paternos quanto os maternos eram as mesmas pessoas. Essa criança seria, portanto, submetida a extremo desgaste decorrente, sobretudo, de fatores culturais, que inadmitem a relação incestuosa e repassam este estigma àqueles que são concebidos dentro desse tipo de relação.

Os então irmãos adotivos partiram em busca de uma solução jurídica que lhes permitisse se casarem civilmente, já que se encontravam vivendo em união estável. Para viabilizarem o casamento, precisariam tornar sem efeito a adoção. Ocorre que, pela Lei n. 8.069, de 13/07/1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, a regra quanto à adoção é rigorosa ao estabelecer que esta é irreversível.¹⁸ Foi proposta uma ação declaratória objetivando rescindir a adoção, o que foi indeferido de plano pelo magistrado ainda em primeira instância, que fundamentou sua sentença na impossibilidade jurídica do pedido.

Diante dessa decisão, o casal recorreu ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, buscando ali uma declaração de possibilidade do prosseguimento da ação com o reconhecimento da possibilidade jurídica de seu pedido, tomando como fundamento primeiro o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio necessariamente deveria ser reconhecido em favor do casal e, sobretudo, com relação ao filho que estava sendo gerado, tendo em vista que o indeferimento da possibilidade de se casarem faria com que viesse ao mundo um ser humano eivado por uma marca social indelével, que seria sua condição de fruto de uma relação incestuosa.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais se viu posicionado diante de importante dilema jurídico. De um lado a clareza da lei, que prevê a impossibilidade de tornar sem efeito uma adoção naquelas circunstâncias; do ponto de vista da regra, nada havia a ser deferido. Por outro lado, existia uma clara possibilidade de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O texto da lei estava estampado à vista de todos e independia de interpretação. Os desembargadores resolveram o impasse optando pela prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento da clareza do texto legal, e declararam a possibilidade jurídica do pedido, determinando o retorno dos autos à primeira instância para o seu regular prosseguimento.

¹⁸ O § 1º do art. 39, da Lei n.8.069/1990 estabelece: “A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os cursos de manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do artigo 25 desta Lei.” (BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

Como o Acórdão teve como efeito imediato apenas o reconhecimento da possibilidade jurídica do pedido com base no princípio da dignidade humana, o processo teve (e continua tendo) continuidade na primeira instância para apreciação do mérito.¹⁹

8 CONCLUSÃO

Os princípios possuem uma função normativa evidente e se fazem presentes na operacionalização do Direito contemporâneo com uma intensidade cada vez maior. É de se lamentar apenas que o reconhecimento do Direito pelo senso comum não traga de forma tão aprimorada o reconhecimento aos princípios, o que, efetivamente, permitiria à sociedade atuar cotidianamente com mais justiça.

A insistência em se reconhecer um Direito constituído de regramentos escritos, adrede preparado para atingir cada fato e ocasião, não é suficiente para torná-lo suficientemente capaz de garantir a paz social.

Essa tendência dos Tribunais de Justiça de caminharem cada vez mais para a aplicação de um Direito que prestigie os princípios acaba também por fazer dos operadores do direito verdadeiros intérpretes e não meros aplicadores; fazendo, sem dúvida, com que o Direito de fato se torne um instrumento para a aplicação da justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

¹⁹ O processo tramita na Comarca de Barbacena/MG, sob o número 0056.06.132269-1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CRETELA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Objetivo, 2004.

GABRICH, Frederico de Andrade. **O caráter normativo dos princípios**. Revista Meritum, FUMEC, v. II, p. 373-408, Belo Horizonte, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0056.06.132269-1/001. Comarca de Barbacena. Apelante: PCSF. Apelado: MGSF. Relator: Desembargador Nepomuceno Silva. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?nui>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia delegativa. Plataforma Democracia**. Tradução do artigo original "Delegative Democracy", Journal of Democracy, v. 5, n. 1, p. 55-69, January 1994. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/11566.pdf> >. Acesso em: 15 de janeiro de 2016.

RUSSO, Eduardo Angel. **Teoria General del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

SANTOS, Mário Ferreira. **Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais**. São Paulo: Matese Editora, 1966. v. 1.