

O caráter normativo dos princípios

*Frederico de Andrade Gabrich**

Resumo: Apesar de a Constituição da República adotar em todo o seu texto uma base principiológica para os diversos assuntos que disciplina, ainda existe no ambiente jurídico brasileiro uma grande resistência ao reconhecimento do caráter normativo e impositivo dos princípios. Por isso faz-se necessário, sempre que possível, estabelecer uma interpretação jurídica que assegure aos princípios não apenas uma função programática, mas uma função normativa, determinadora do *dever-ser* necessário à solução e à prevenção de conflitos, de modo a permitir a paz social e a felicidade do maior número possível de pessoas.

Palavras-chave: Norma jurídica – Princípio – Caráter impositivo – Interpretação sistemática e teleológica.

The normative nature of principles

Abstract: In spite of the fact that the Federal Constitution adopts a basis of principles for the different topics it covers throughout its text, there is still a great deal of resistance in the Brazilian legal environment against the normative and binding character of principles. For this reason, whenever possible, it is necessary

* Especialista, Mestre e Doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; professor da Fundação Mineira de Educação e Cultura – Universidade Fumec, Belo Horizonte – MG; advogado.

to establish a legal interpretation that ensures that principles will not function as mere guidelines, but will have a normative function; one that will determine *what ought be* that is needed to solve and prevent conflicts, in order to permit social peace and the happiness of the largest number of people.

Keywords: Legal rule – Principle – Imperative character – Systematic and teleological interpretation.

1 INTRODUÇÃO

Infelizmente, ainda existe no ambiente jurídico brasileiro uma grande resistência ao reconhecimento do caráter normativo e impositivo dos princípios.

Apesar de a Constituição da República adotar em todo o seu texto uma base principiológica para os diversos assuntos que disciplina, com destaque, dentre outros, para os direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17), a organização da Administração Pública (art. 37) e a regulação da ordem econômica e financeira (arts. 170 a 192), há uma inegável insuficiência na utilização da força normativa dos princípios, quer no ambiente acadêmico, quer no âmbito do Poder Judiciário.

Por isso, faz-se necessário, sempre que possível, estabelecer uma interpretação jurídica que assegure aos princípios não apenas uma função programática (como ocorria, sobretudo, antes da promulgação da Constituição de 1988), mas uma função normativa, determinadora do *dever-ser* necessário à solução e à prevenção de conflitos, de modo a permitir a paz social e a felicidade do maior número de pessoas possível.

De qualquer maneira, antes de identificar quaisquer princípios jurídicos e buscar o *dever-ser* de cada um deles no ordenamento é fundamental reconhecer que o texto da norma não constitui a norma jurídica, bem como que a legalidade estrita não dá sustentação absoluta a um sistema normativo aberto e constituído por regras e princípios.

2 O TEXTO DA NORMA NÃO É NORMA JURÍDICA

Para a perfeita percepção do alcance, do significado e da importância das normas jurídicas em geral e dos princípios em particular, é fundamental não confundir *norma jurídica* com o *texto da norma jurídica*, ou *texto normativo*.

Segundo observação de *Tércio Sampaio Ferraz Júnior*, embora o positivismo jurídico radical não corresponda à concepção doutrinária mais aceita, a concepção dominante da norma jurídica continua a vê-la como sinônimo do texto normativo e, principalmente, como um imperativo acabado e dado antes do caso concreto ao qual ela deverá ser aplicada.¹ O perfeito entendimento do alcance normativo dos princípios e de sua capacidade para regular os casos da prática, exige uma desmistificação dessa concepção positivista e radical da norma jurídica.

Assim, com base no texto normativo contido no art. 24 da Constituição da República portuguesa – “a vida humana é inviolável –, Canotilho demonstra que uma só disposição (formulação, enunciado) pode “expressar uma ou outra norma, segundo as diversas possibilidades de interpretação”.² O referido autor

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio e outros. *Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático*, p. 7.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.168.

demonstra que o enunciado que estabelece que a vida humana é inviolável pode significar: 1. que a vida é inviolável desde o momento do nascimento da pessoa humana até a morte, 2. que a vida humana deve ser protegida desde a concepção até a morte, e 3. que a vida humana merece proteção e salvaguarda desde o momento em que, de acordo com dados cientificamente comprováveis, começa a haver vida intra-uterina até o momento da morte.

Por isso, muitas disposições normativas exprimem não apenas uma única norma, mas várias normas conjuntamente³ ou aquela norma que o intérprete determina quando ele atribui um significado específico ao texto escrito e aos fatos que lhe são correlatos, com a devida consideração de todos os elementos históricos, culturais, religiosos, morais e econômicos que compõem o âmbito normativo no caso concreto.

Dessa maneira, a norma não decorre imediatamente do texto normativo, mas é construída e, muitas vezes, reconstruída e atualizada de acordo com as necessidades sociais, por meio de interpretação. O texto da norma é apenas um sinal lingüístico, pois a norma é o significado atribuído a esse sinal, por meio de interpretação.

Assim, *Canotilho*, valendo-se das lições de Friedrich Müller, afirma:

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no ‘processo de densificação’ de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do ‘texto da norma’ (do seu enunciado) para uma norma concreta – ‘norma jurídica’ – que, por sua vez, será apenas um

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.168.

resultado intermédio, pois só com a descoberta da ‘norma de decisão’ para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta ‘concretização normativa’ é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o ‘o lado técnico’ do ‘procedimento’ estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é sim, a ‘construção de uma norma jurídica’.⁴

Amparado pelas mesmas lições, Eros Roberto Grau estabelece, no mesmo sentido:

Inicialmente caminhamos do ‘texto da norma’ até ‘a norma jurídica’. Em seguida caminhamos da ‘norma jurídica’ até ‘a norma de decisão’, aquela que determina a solução do caso. Apenas então se dá a ‘concretização da norma’, ou seja, mediante a ‘produção de uma norma jurídica geral’, no quadro da solução de um caso determinado.

A ‘concretização’ do direito não é mero descobrimento (*Rechtsfindung*) do direito, mas a produção de uma ‘norma jurídica geral’ no quadro de solução de um caso determinado [Müller 1993:168-169].

Assim, a ‘concretização’ envolve também análise do ‘âmbito da norma’, entendido como tal o aspecto da realidade a que respeita o texto. Dizendo-o de outro modo: a ‘norma’ é produzida, no curso do processo de ‘concretização’, não a partir exclusivamente dos elementos do ‘texto’, mas também dos dados da realidade à qual ela – a norma – deve ser aplicada.⁵

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.165.

⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 64-65.

De qualquer maneira, independentemente da importância fundamental da interpretação do texto normativo para a determinação da norma no caso concreto, é importante destacar a possibilidade da existência, da validade e da eficácia das normas jurídicas sem disposição normativa e sem enunciado lingüístico. São as normas jurídicas implícitas no ordenamento, cuja determinação depende não apenas de interpretação, mas, antes, precedem de identificação. Essa identificação das normas jurídicas sem disposição é realizada pelo jurista por meio de um trabalho indutivo e dedutivo, baseado na análise das fontes do direito que estabelecem textos normativos análogos, nos quais é possível a determinação indireta da norma, ou, ainda, por meio da observação dos textos das normas declaradas e concretizadas pela jurisprudência, com fundamento nos casos da prática.

Logo, a identificação e, sobretudo, a determinação de eficácia da norma jurídica exige análise indutiva e dedutiva das diversas fontes do direito e dos textos normativos que elas declaram, mas, também, a interpretação sistêmica dessas expressões lingüísticas – que considera todos os valores e elementos históricos, econômicos, morais, dentre outros, inerentes aos textos e às normas deles decorrentes – bem como a realidade na qual estão inseridos os fatos submetidos à regulação normativa.

Isso é fundamental para que sejam potencializadas todas as possíveis conseqüências normativas derivadas do ordenamento jurídico, especialmente no que diz respeito aos princípios e às suas aplicações finalísticas, consentâneas com os valores que lhes são subjacentes e com os seus objetivos concretos de ordem econômica, social, política, etc.

3 O PRINCÍPIO

O sistema jurídico é composto por normas que se subdividem em princípios e regras. A norma jurídica deve ser compreendida como gênero, do qual princípios e regras são espécies.

Segundo registro de Aurélio Buarque de Holanda, são várias as acepções possíveis do vocábulo “princípio” em português, *verbis*:

Princípio. [Do lat. *principiu.*] S. m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo: o princípio de um incêndio; O princípio da estrada já está pavimentado. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe: O garoto tem em si o princípio da rebeldia. 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. *Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável.* [São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas, etc.] [...].⁶

Já de acordo com o registro de *Antônio Houaiss*, o vocábulo princípio tem os seguintes significados:

Princípio – substantivo masculino. 1. o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início. Ex.: ‘p. da vida na Terra’ ‘no p. do casamento’ ‘p. da exploração do petróleo nesse país’; 2. *o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão*; 3. ditame moral; regra, lei, preceito. Ex.: ‘foi educado sob p. rígidos’ ‘não cede por uma questão de p. ‘é um homem sem princípios’; 4. dito ou provérbio que estabelece norma ou regra. Ex.: faça o bem sem olhar a quem é um bom p.; 5. *proposição elementar e fundamental que serve de base a uma*

⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 1.138-1.139.

ordem de conhecimentos. Ex.: princípios da física, da matemática; 5.1. Rubrica: física. Lei de caráter geral com papel fundamental no desenvolvimento de uma teoria e da qual outras leis podem ser derivadas; 6. *proposição lógica fundamental sobre a qual se apóia o raciocínio*. Ex.: partir de um p. falso; 7. Rubrica: filosofia. *Fonte ou causa de uma ação*; 8. Rubrica: filosofia. Proposição filosófica que serve de fundamento a uma dedução; 9. livro que contém noções básicas e elementares de alguma matéria, ciência etc.; elementos. Ex.: ‘p. de estatística’ ‘p. de lingüística geral’; 10. instrução, educação; opiniões, convicções.⁷

Em termos científicos, contudo, princípio é uma proposição diretora à qual todo o desenvolvimento posterior dessa mesma ciência deve estar subordinado.

Em qualquer ciência princípios são proposições básicas e fundamentais para todas as estruturas subseqüentes. Por isso, por meio dos princípios indica-se a razão de ser das coisas e não somente a própria coisa.

O conceito genérico e científico de princípio está vinculado à idéia de estruturação de um sistema de idéias, pensamentos, ou normas, fundamentados em uma idéia mestra, em um pensamento-chave, ou em uma baliza normativa, da qual todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam ou se subordinam.⁸

Em Direito, é por intermédio dos princípios que os valores fundamentais e relevantes para a sociedade, determinados pela *vontade geral*, são introduzidos inicialmente na ordem jurídica de forma genérica e ampla, de modo a vincular inexoravelmente

⁷ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; MELLO FRANCO, Francisco Manoel de. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 2299.

⁸ Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

o entendimento e a aplicação das regras jurídicas que compõem o ordenamento e que estão subordinadas a esses e outros princípios jurídicos que interagem no sistema.

O sistema jurídico, composto por um conjunto de normas (cujas fontes podem ser, dentre outras, de ordem legal, costumeira, doutrinária, jurisprudencial), é organizado com fundamento em uma harmonia interna vinculada a uma hierarquia, segundo a qual umas regras se sustentam em outras, as quais, por sua vez, se fundamentam em princípios, também organizados de acordo com uma hierarquia não tão rígida como aquela à qual estão submetidas as regras (hierarquia formal), uma vez que se trata de uma hierarquia de ordem valorativa. De qualquer forma, os critérios objetivos de qualificação dos princípios não estão definidos em parte alguma, sendo, por isso, relativamente difícil a sua determinação,⁹ que depende, fundamentalmente, do trabalho da doutrina.

Os princípios jurídicos, geralmente, são muito heterogêneos quanto à forma e quanto ao fundo, sendo aplicáveis por considerações variáveis. Por isso, os princípios podem assumir a forma de máximas, em geral descritas por alocações latinas ou por brocardos. Ainda com relação à forma, certos princípios estão expressos nos textos legais, outros são implícitos e dependem de uma investigação nas fontes, enquanto outros são formalmente consagrados pela jurisprudência. Quanto ao fundo, certos princípios, arraigados de valores, parecem ter sido extraídos da moral, enquanto outros da equidade ou do direito natural. Não obstante, existem princípios que têm somente uma finalidade técnica e são destinados à coesão da ordem jurídica ou à aplicação satisfatória de padrões jurídicos estabelecidos para a regulação da vida em sociedade.¹⁰

⁹ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 123.

¹⁰ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 125.

4 DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Efetivamente, a norma jurídica tem caráter de generalidade e diz respeito a todos os elementos de regulação da conduta das pessoas, estabelecendo as suas ações, omissões e as conseqüências respectivas. Contudo, não há como considerar equivalentes os vocábulos “regra” e “princípio”, mesmo sabendo que, em algumas situações, regra e princípio desempenham a mesma função, sendo a diferença estabelecida quase que exclusivamente no plano formal.

De qualquer maneira, as regras geralmente são estabelecidas para dar concreção aos princípios, e justamente por isso a interpretação e a aplicação das regras jamais poderão estar apartadas dos comandos mais genéricos, reconhecidos e introduzidos pelos princípios na ordem jurídica positiva. Nisso, basicamente, repousam a força e a importância dos princípios, que podem ser observadas mais nitidamente em momentos revolucionários, quando os novos princípios, revolucionariamente introduzidos na ordem jurídica, determinam a eliminação das regras apoiadas nos pressupostos do regime anterior.¹¹

Em nosso sistema jurídico, tanto as regras quanto os princípios têm caráter normativo-impositivo, determinando, direta ou indiretamente, uma regra de conduta ou um *dever-ser*. Há, entretanto, entre regras e princípios, distinções marcantes.

Segundo Ronald Dworkin,¹² princípios e regras são padrões jurídicos (normas jurídicas) que apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica (de fazer ou não fazer alguma coisa) em circunstâncias particulares e específicas. De acordo com o referido autor, a distinção entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica e refere-se ao tipo de orientação que oferecem.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 133.

¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39.

Dessa maneira, as regras determinam os padrões de conduta que devem ser seguidos ou omitidos, e também podem estabelecer a sanção respectiva pelo não-cumprimento dela. Assim, as regras são aplicáveis por completo ou não são, desde que o suporte fático e hipotético das mesmas se verifique (ou não) em uma situação concreta. As regras podem ter exceções, mas se tiverem, a enumeração de todas as exceções é absolutamente fundamental para a precisão e a completude das mesmas. Por isso, teoricamente, quanto mais exceções forem discriminadas pela regra, mais completo será o seu enunciado.¹³

No que diz respeito aos princípios, mesmo aqueles que mais se assemelham às regras geralmente não estabelecem, direta e objetivamente, padrões de conduta (ação ou omissão) que devem ser observados pelas pessoas submetidas ao ordenamento jurídico, do tipo *se A fizer B, A deve ser C*. Por isso, os princípios não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições fáticas ou jurídicas acontecem.¹⁴

Dessa maneira, segundo Ronald Dworkin,

[...] um princípio como “Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção – por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite

¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 40.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 40.

a punição ao que foi estipulado pelo Poder Legislativo. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas condições em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo.¹⁵

Assim, a aplicação dos princípios pode, no caso concreto, ser desconsiderada pelo Direito sem que isso signifique que aquele princípio, excepcional e casualmente desconsiderado, seja contrário à lógica do sistema jurídico no qual ele está inserido.

Isso, contudo, não permite concluir que alguns princípios têm importância relativa, por estabelecerem apenas direção programática, nem muito menos que quando o caso concreto não é acobertado por uma regra clara e objetiva o juiz deve exercer o seu poder discricionário para decidi-lo por meio da criação de um novo padrão jurídico-normativo de conduta.

De fato, quando determinado princípio não estabelece objetivamente um padrão de conduta ou um dever-ser claro e indiscutível, cabe à doutrina e à jurisprudência fixar tais bitolas normativas, conforme os valores socialmente aceitos e inseridos na ordem jurídica por esse princípio. Daí, inclusive, o motivo pelo qual a doutrina é também considerada como fonte formal indireta do direito.¹⁶

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 41-42.

¹⁶ Nesse sentido, segundo Bergel, “as fontes do direito também se entendem como ‘modos de formação das normas jurídicas, ou seja, procedimentos e atos pelos quais essas normas atingem a existência jurídica, inserem-se no direito positivo e adquirem validade’. São então as *fontes formais do direito*, cujo ‘pequeno número implica que se encontrem em todas as ordens jurídicas e se prestem à sistematização’. É unicamente dessas fontes formais que trataremos neste capítulo. Embora a importância e a autoridade respectivas delas variem conforme os sistemas políticos, as épocas e os países, podemos agrupar entre essas fontes a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina. Em geral contrapõem-se as ‘fontes escritas’, como a lei, às ‘fontes não-escritas’, como o costume, ou as ‘fontes diretas’, como a lei e o costume, às ‘indiretas’, como a doutrina e a jurisprudência [...]”. (BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 54)

Além disso, especificamente no Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – estabelece, no art. 4º, que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil brasileiro – Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – estabelece, no art. 126, que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei” e que “no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Apesar de o legislador brasileiro misturar em um mesmo comando normativo, a analogia, que é método de utilização da lei em casos semelhantes, o costume, que é fonte formal do direito, e os princípios, que são espécies de normas jurídicas, é indiscutível a obrigatoriedade e o caráter impositivo-normativo dos princípios no sistema jurídico nacional. No Brasil, é a própria lei que estabelece, então, o caráter impositivo e normativo dos princípios.

E mais: não há como defender a tese de que os princípios são apenas fontes subsidiárias do direito e que somente estabelecem um padrão de conduta, ou uma norma impositiva, quando a lei for omissa. Na atualidade, a submissão do intérprete aos princípios acabou enriquecendo o conteúdo da “legalidade”.¹⁷ Assim, o princípio da legalidade – estabelecido no art. 5º, inciso II, da Constituição brasileira, por intermédio do clássico axioma jurídico de que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* – passou e passa por um

¹⁷ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 118.

processo de relativização¹⁸ e tem, hoje, pelo menos duas acepções possíveis.

O primeiro sentido do princípio da legalidade, clássico, é aquele utilizado principalmente no Direito Administrativo e nos ramos de direito público em geral, segundo o qual esse princípio vincula-se a uma reserva genérica do Poder Legislativo, que não exclui a atuação secundária de outros poderes. Nesse sentido, a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei formal – correspondente ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborados em conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição –, ou dos atos normativos equiparados à lei formal, como as leis delegadas e as medidas provisórias.¹⁹ Esse é o chamado “princípio da legalidade estrita”.

O segundo sentido do princípio da legalidade, mais consentâneo com o sentido deste trabalho, é aquele que o considera não como um princípio que impõe apenas o respeito à lei *stricto sensu* (lei formal), votada e aprovada pelo Congresso Nacional, mas o respeito às normas jurídicas, nas quais estão inseridos, como espécies do gênero “norma jurídica”, os princípios. De fato, a lei é apenas uma das diversas fontes do direito. No sistema jurídico brasileiro, a lei é a fonte primária e principal do direito, mas não é a única, pois as normas jurídicas também são estabelecidas pelos costumes, pela jurisprudência, pelos atos administrativos, pelos

¹⁸ O processo de relativização da lei, da reserva de lei e do próprio princípio da legalidade é anotado com detalhes por Canotilho, que, dentre muitas observações, enfatiza que “o princípio da prevalência ou preferência da lei sofreu um processo de ‘erosão’ e de ‘relativização’ que importa ter em conta para se compreenderem muitas das questões a tratar em sede de parâmetro da constitucionalidade e da legalidade”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p.703).

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 422.

contratos, pela doutrina. Não tem sentido, portanto, estabelecer a obrigatoriedade da conformação da conduta das pessoas ao direito, submetendo-as somente a uma das diversas fontes pelas quais as normas jurídicas são estabelecidas para determinar a organização da vida social. Daí, então, o motivo pelo qual o princípio da legalidade, nesse segundo sentido, deve ser mais corretamente chamado de “princípio da juridicidade” ou “princípio da normatividade”, que impõe, simplesmente, a conformação do fazer ou do deixar de fazer às normas jurídicas identificadas no sistema, por meio da interpretação de princípios e regras.

Para a imposição do caráter normativo-impositivo-coercitivo dos princípios jurídicos, a legalidade tem que ser considerada em seu sentido mais amplo e genérico, que determina a conformação dos atos e fatos jurídicos ao direito (às normas jurídicas e não somente à lei formal), como condição indispensável de validade e eficácia. Se assim não for, não há como reconhecer a existência, a validade e a eficácia normativo-impositiva dos princípios jurídicos em geral, e dos princípios implícitos (não expressamente declarados pela lei), em particular, como o princípio da boa-fé, ou o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa.²⁰

De qualquer maneira, não há também como defender o caráter meramente programático ou valorativo dos princípios jurídicos, que, por determinação direta ou indireta das fontes do direito, impõem a observância e o cumprimento de padrões normativos de conduta, que devem prevalecer no caso concreto, até mesmo

²⁰ No Brasil, somente após a promulgação e a vigência do Código Civil de 2002 – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – o princípio que veda o enriquecimento sem causa passou a ser objeto de regra específica que o explicita, por meio do disposto no art. 884, que estabelece: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

mediante a coerção própria das normas jurídicas. Isso permite colocar a questão da inconstitucionalidade por violação dos princípios constitucionais, o que acentua ainda mais a força jurídico-normativa e impositiva dos princípios jurídicos, e não apenas o seu caráter ético ou valorativo.²¹

Assim, o princípio estabelece um padrão de conduta que deve ser observado não porque vai promover ou assegurar o cumprimento de um determinado objetivo político, econômico ou social, mas porque é uma exigência de justiça, de equidade, ou até mesmo de moralidade.²²

Mesmo diante dos termos precisos e indiscutíveis da Lei de Introdução ao Código Civil (de 1946) e do Código de Processo Civil (de 1973), os princípios jurídicos assumiram, no Brasil, a importância e o reconhecimento que merecem, principalmente a partir da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, a Constituição vigente alçou definitivamente à categoria de mandamentos constitucionais, inúmeros princípios jurídicos fundamentais, gerais e específicos, fazendo da ordem constitucional brasileira uma ordem principiológica por excelência.

Não obstante, o conflito ou a antinomia entre as regras e a concorrência (que implica convivência) entre os princípios, demonstra, também, outra diferença fundamental entre essas espécies do gênero “norma jurídica”.

Assim, quando existe um aparente conflito entre princípios, esse conflito há de ser equacionado com a devida ponderação do “peso” e da “importância” de cada um dos princípios que se entrecruzam e convivem, sem que um deles invalide ou elimine o outro do ordenamento. Nessa análise, o mais importante é definir

²¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*, p. 170.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

quais são os bens jurídicos e valores subjacentes a cada um dos princípios, e quais desses bens e/ou valores são mais relevantes e merecem maior proteção no caso concreto.

Nesse passo, é fundamental destacar que a ponderação e o balanceamento dos valores e dos princípios jurídicos que lhes dão concreção devem, necessária e obrigatoriamente, ser realizados de maneira pragmática e jamais poderão estar dissociados das circunstâncias específicas do caso concreto. Tudo isso porque muitos valores e princípios são de difícil, senão impossível, mensuração apriorística, teórica e racional. Na verdade, existem conflitos que importam a ponderação de valores e princípios metafisicamente incomensuráveis, tais como os conflitos entre o direito de moradia e o direito ambiental, ou entre o direito à privacidade, a liberdade de mercado e as exigências crescentes de eficiência do capitalismo.²³

Assim, somente mediante a análise detida das circunstâncias de fato e de direito envolvidas em cada caso concreto pode-se concluir que o princípio que representar a imposição jurídica do bem ou do valor mais caro à sociedade deve prevalecer. Mas isso não determinará a declaração de invalidade ou a extirpação dos outros princípios do sistema. Os princípios que representarem valores menos importantes serão preteridos apenas naquele caso concreto, sem que isso signifique que eles não possam estabelecer norma jurídica a ser seguida e observada em outro caso da prática. Não há, então, antinomia entre princípios em um mesmo ordenamento jurídico.

Por outro lado, quando há um conflito (antinomia) entre regras, uma delas não será válida e será extirpada do sistema, seja

²³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 21.

porque foi promulgada por autoridade de menor nível hierárquico, seja porque foi promulgada em data mais antiga, ou, ainda, porque é menos específica e mais genérica, ou se fundamenta em princípio de menor importância valorativa.

O caráter de generalidade, contudo, é comum às regras e aos princípios, mas, enquanto a regra é geral porque é estabelecida para regular um número indeterminado de atos ou fatos jurídicos, sendo aplicável a determinadas situações definidas em seu enunciado, o princípio é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações.²⁴ A generalidade dos princípios, portanto, é bem mais ampla do que a das regras, mas, depois que determinado caso é decidido pelo Poder Judiciário, com fundamento em um princípio jurídico, pode-se dizer que ele ilustra uma regra particular.²⁵

É justamente a maior generalidade dos princípios que permite a abertura do sistema jurídico-normativo e que permite a sua evolução para a determinação de medidas jurídicas capazes de concretizar a solução ou a prevenção de conflitos, na busca da paz social em uma sociedade pluralista, aberta e feliz.

Nesse sentido, conforme ensina Canotilho,²⁶ um sistema jurídico constituído exclusivamente por regras poderia até permitir a “segurança jurídica”, por meio de uma disciplina legislativa exaustiva e completa. Mas não haveria espaço para a complementação, o desenvolvimento e a adaptação do sistema jurídico às mudanças da vida em sociedade. Por outro lado, um sistema composto somente por princípios não seria capaz de estabelecer regras precisas e objetivas, absolutamente necessárias

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 112.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 46.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.126.

à segurança das relações. Daí, então, a necessidade da coexistência de regras e de princípios na lógica do ordenamento jurídico.

De toda maneira, verifica-se no longo prazo, em geral, certa estabilidade dos princípios jurídicos, ao passo que as regras normalmente se submetem a mudanças mais frequentes e profundas. Isso pode ser justificado pelo fato de os princípios estarem impregnados diretamente pelos valores (sociais, culturais, políticos, econômicos, religiosos, morais, etc.) escolhidos e inseridos na ordem jurídica pela *vontade geral*. Por isso, Bergel, afirma:

Enquanto o desaparecimento ou a modificação de uma simples regra o mais das vezes só tem um ‘caráter episódico’, a eliminação ou a subversão de um princípio ‘apresenta o risco de causar um profundo transtorno no ordenamento jurídico, porque a sorte de numerosas regras jurídicas está em jogo’. Assim, os verdadeiros princípios gerais, os que não são somente o elemento congregante de uma instituição particular, mas tocam no próprio fundo do sistema jurídico, têm uma grande longevidade e, servindo para interpretar leis novas que são assim integradas e adaptadas à ordem jurídica, constituem um fator de estabilidade do direito, permitindo ao mesmo tempo sua evolução. Existem também efeitos reflexos das leis novas sobre os princípios. Novas disposições podem modificar certos princípios e suscitar novos. É raro, porém, que uma situação jurídica seja inteiramente dominada por um único princípio. A vida jurídica está sempre submetida à influência conjugada de vários princípios diferentes que têm, uns em relação aos outros, papéis técnicos determinantes para a solução jurídica que deve resultar deles.²⁷

²⁷ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 121.

5 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Apesar da dificuldade teórica de se estabelecer uma fórmula conceitual, fechada e absoluta para a definição dos princípios, alguns modelos teóricos de classificação, relativos à hierarquia dos princípios, podem ser traçados.

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. De acordo com esse raciocínio, pode-se, então, estabelecer a seguinte representação esquemática:

- a) ↓ Princípio maior;
- b) ↓ Princípio menor;
- c) ↓ Regra jurídica 2;
- d) ↓ Regra jurídica 1.

Não obstante, o melhor critério teórico normalmente usado para justificar a hierarquia entre os princípios é aquele segundo o qual existem três espécies de princípios: os *fundamentais*, os *gerais* e os *específicos*; todos informadores das regras de conduta que integram o sistema jurídico.

Nesse sistema de hierarquização, os princípios fundamentais por vezes são considerados como os princípios assim identificados pela Constituição, pelo que prevalecem sobre a autoridade do

²⁸ Essa conceituação específica dos princípios fundamentais é estabelecida por Jean-Louis Bergel, com fundamento em decisões proferidas pelo Conselho Constitucional francês (BERGE, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 113).

legislador, do juiz e de qualquer intérprete do direito.²⁸ Contudo, não há como discutir a possibilidade, teórica e prática, da existência de princípios fundamentais implícitos e não declarados expressamente pelo texto normativo de determinada Constituição. Por isso, independentemente da previsão constitucional, consideram-se como fundamentais aqueles princípios básicos, essenciais, absolutamente necessários à organização social e estruturantes de todo o ordenamento jurídico, em todas as situações concretas, normalmente vinculados, no mundo ocidental, cristão e democrático, aos princípios (ideais) de justiça, liberdade, igualdade e fraternidade.

Nessa mesma ordem de idéias e de hierarquia, os princípios gerais são aqueles que vão além dos limites de atuação estabelecidos pelos diferentes ramos do direito.²⁹ Assim, os princípios gerais estabelecem padrões jurídicos aplicáveis a diversas situações, tratadas e reguladas pelas normas agrupadas (didaticamente) nos diversos ramos do direito. Contudo, os princípios gerais estão situados, em uma escala de normas, acima dos atos judiciais e dos atos administrativos de grau mais elevado,³⁰ mas nem sempre submetem o legislador infraconstitucional, pelo que, se eles não tiverem sido estabelecidos em consonância com os princípios fundamentais e/ou não tiverem sido expressamente declarados na Constituição, podem ser introduzidos, modificados ou derogados pela legislação ordinária e por outras fontes de caráter infraconstitucional. Logo, são princípios gerais, dentre outros, o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, o princípio da irretroatividade da lei, o princípio da informação.

Hierarquicamente, os princípios jurídicos 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

²⁹ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 110.

³⁰ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 116.

princípio fundamental é também geral, mas nem todo princípio geral é um princípio fundamental.

E mais: uma mesma ordem jurídica permite a convivência de diversos princípios fundamentais, gerais e específicos. De acordo com a hierarquização dos valores que introduz no sistema jurídico e com os elementos concretos do caso, um princípio fundamental pode ficar submetido a outro, o que também pode ocorrer com relação aos princípios gerais e específicos. Assim, se em um caso concreto há uma greve de professores de escolas públicas, cujo fundamento é o princípio da liberdade de trabalho – explicitado por meio do art. 5º, inciso XIII, da Constituição brasileira³¹ – e essa greve se estende por um prazo excessivamente longo – por exemplo, por mais de 100 (cem) dias –, com prejuízos incontornáveis para as crianças e para os adolescentes atendidos pelo serviço de educação, que são amparados pelo princípio de proteção à vida, à saúde, à educação e à alimentação da criança e do adolescente – explicitado por meio do texto normativo do art. 227 da Constituição brasileira³² –, há que prevalecer o interesse da criança e do adolescente, pois que amparado por princípio cuja importância valorativa é, indiscutivelmente, maior e mais caro à sociedade brasileira.

De qualquer maneira, os princípios gerais do direito têm dupla importância funcional. Em primeiro lugar, os princípios gerais

³¹ O inciso XIII do art. 5º da Constituição da República brasileira estabelece: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

³² O *caput* do art. 227 da Constituição da República brasileira estabelece: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

constituem a base de toda a construção jurídica, pelo que os princípios específicos e as regras que estão a eles submetidas não podem evoluir validamente no sistema, senão consoante os comandos normativos mais genéricos e importantes estabelecidos pelos princípios gerais. Daí, também, o motivo pelo qual os princípios gerais desempenham importante e fundamental papel na interpretação da lei, uma vez que o juiz e o intérprete a eles se referem para determinar o sentido dos textos legais obscuros, ambíguos ou omissos³³ (tal com prevê o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e o art. 126 do Código de Processo Civil brasileiro). Em segundo lugar, os princípios gerais têm uma função técnica, pois a conjugação desses princípios no seio de determinada situação fática ou de uma dada matéria jurídica é que determina a norma jurídica, o dever-ser, que deverá ser observado na regulação da vida social.

Ainda nessa linha de raciocínio, classificação e hierarquização, os princípios específicos estabelecem orientação, ordenação, fundamentação e normatização de um único ramo do direito, ou uma matéria específica de um desses ramos. Entre os princípios específicos podem ser destacados: o princípio de proteção ao acionista minoritário, próprio da organização jurídica das sociedades anônimas; os princípios da veracidade e da novidade, específicos da formação e da utilização dos nomes empresariais; o princípio da economia processual, típico do direito processual, dentre outros.

De qualquer sorte, esse sistema de hierarquização dos princípios, que os classifica em fundamentais, gerais e específicos, pode ser assim representado:

a) ↓ *Princípios fundamentais* (princípio de justiça, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, dentre outros);

³³ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 118-121.

b) ↓ *Princípios gerais* (princípio da propriedade, princípio da legalidade, dentre outros);

c) ↓ *Princípios específicos* (princípio da veracidade, princípio da novidade, princípio de proteção ao acionista minoritário, dentre outros);

d) ↓ *Regras jurídicas*.

Além desses sistemas de ordenação hierárquica dos princípios jurídicos, José Cretella Júnior³⁴ propõe a seguinte classificação:

a) *Princípios onivalentes* ou *universais*: são princípios comuns a todos os ramos do saber, que se encontram em qualquer ciência;

b) *Princípios plurivalentes* ou *regionais*: são princípios comuns a um determinado grupo de ciências;

c) *Princípios monovalentes*: são princípios que fundamentam um só campo de conhecimento;

d) *Princípios setoriais*: são princípios que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência.

De qualquer forma, em quaisquer dos sistemas teóricos de classificação, os princípios serão mais ou menos importantes conforme o peso e a importância dos bens e dos valores que eles procuram inserir ou proteger na ordem jurídica. Dessa maneira, repita-se, se hipoteticamente houver concorrência entre princípios, prevalecerá aquele que assegura a concreção do valor mais fundamental para a sociedade, conforme as especificidades do caso concreto.

Não obstante, segundo Eros Roberto Grau,³⁵ antes de se estabelecer a distinção entre princípios e regras e de determinar a

³⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*, p. 15.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 123 *et seq.*

hierarquia teórica dos princípios, a doutrina deveria tratar de uma distinção anterior que separa os “princípios jurídicos ou princípios de direito dos princípios gerais do direito”. Nesse passo, segundo o referido autor, “princípios jurídicos” ou “princípios de direito” são implícitos e pressupostos, pois existem independentemente e antes de serem reconhecidos pela ordem jurídica. Já os “princípios gerais do direito” são princípios do direito de um determinado Estado, normalmente extraídos da lei, por meio de um processo lógico-indutivo.

Contudo, independentemente da forma de classificação dos princípios e usando, então, uma linguagem metafórica, os princípios estão para o sistema jurídico, assim como o alicerce e as vigas mestras estão para o edifício. Por isso, o conhecimento científico que não tenha amparo nos princípios que integram e justificam a lógica do sistema, são como casas de papelão e não resistem nem ao lapso temporal, nem muito menos às intempéries do exercício profissional da ciência do.

6 PRINCÍPIOS EXPLÍCITOS E PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS

Como ressaltado, no sistema jurídico existem princípios explícitos, estabelecidos expressamente pelos textos normativos da Constituição e das leis, e outros implícitos, cuja identificação e divulgação dependem, fundamentalmente, do trabalho indutivo, dedutivo e científico do jurista. Em qualquer caso, porém, os princípios têm como principais funções estabelecer padrão de conduta, como, também, a lógica, a unidade e a evolução do sistema jurídico, agregando e atraindo diversas outras normas, que neles encontram o seu fundamento e a sua explicação.

Ao tratar genericamente sobre os princípios e as formas de sua identificação, Aristóteles já reconhecia a existência de princípios implícitos e explícitos, ao afirmar:

Quanto aos primeiros princípios, discernimos alguns por indução, outros por via de percepção, outros pela habitualidade, e outros de outras maneiras; devemos, porém, tentar investigá-los de acordo com sua natureza e esforçar-nos por defini-los corretamente, pois eles influem fortemente na seqüência da investigação. Com efeito, admite-se que o princípio é mais que a metade do todo, e projeta luz de imediato sobre muitas das questões em exame.³⁶

Na hipótese específica dos princípios jurídicos, a identificação e o reconhecimento dos princípios explícitos ocorrem por meio da investigação dos textos normativos legais, que os declaram expressamente e, em algumas situações, os definem. Quando, porém, há a explicitação de determinado princípio na Constituição, nas leis e/ou nas normas jurídicas de hierarquia infralegal, mas não há a sua determinação concreta, com a imposição evidente de determinado dever-ser, de seu caráter impositivo e/ou da coerção que lhe é inerente, cabe à doutrina realizar esse trabalho de delimitação da bitola normativa e principiológica para a identificação e a aplicação da norma ao fato.

Por outro lado, existem no ordenamento princípios implícitos, não declarados expressamente pelos textos normativos, mas cuja existência deve ser reconhecida e declarada pelo jurista e pela jurisprudência. Não se trata da criação de um princípio jurídico pelo jurista, mas de mera declaração de sua existência que é prévia. Os princípios implícitos também passaram pelo crivo de aprovação

³⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 25.

da *vontade geral*, ou seja, pela vontade da maioria das pessoas que compõem determinado povo, e foram inseridos no ordenamento jurídico com todos os valores e objetivos (finalidades) que lhe são inerentes. Esses princípios implícitos somente não foram expressamente declarados nas leis, mas eles (pre)existem e determinam dever-ser, mediante imposição e coerção. Por isso, tal como os princípios explícitos e as regras, os princípios implícitos existem, têm validade e são eficazes na tarefa de determinar conduta e organizar a vida social, com objetivo de estabelecer paz, justiça e felicidade.

Nesse sentido, segundo Jean-Louis Bergel,³⁷ os princípios implícitos podem parecer ser resultantes de uma síntese de textos legislativos esparsos e, neste caso, o juiz se ateria apenas a interpretar a vontade difusa do legislador. Contudo, segundo o mesmo autor, certos princípios, como o da continuidade dos serviços públicos, não podem ser simplesmente deduzidos das leis existentes, uma vez que a vontade do legislador é incerta e maleável, não servindo para fornecer um suporte suficiente ao juiz. O mesmo autor afirma, também, que os princípios gerais implícitos podem ter origem na tradição e no costume, como muitas regras e máximas tradicionais, “mas muitos outros são apenas idéias difusas enquanto os juízes não os formulam claramente”.³⁸

Na realidade, a identificação dos princípios implícitos no ordenamento jurídico pode ser realizada tanto mediante a identificação de regras legais que lhes dão concreção quanto deduzidas dos preâmbulos das constituições, dos considerandos das leis, das discussões legislativas que antecederam a formulação das leis, como, ainda, das decisões da jurisprudência, dos usos e

³⁷ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p.107.

³⁸ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 108.

costumes de um determinado povo, e até mesmo dos ensinamentos doutrinários.

Dessa maneira, não é difícil verificar que não existe um critério único ou um método melhor e definitivo para a identificação de um princípio implícito no ordenamento jurídico, sendo certo, contudo, que a determinação do princípio implícito não ocorre mediante resgate no universo do direito natural ou ideal.³⁹ Os princípios, explícitos ou implícitos, são normas de direito objetivo (mas não necessariamente positivo), e, portanto, estabelecidas pela vontade ou pelo costume. Nesse sentido, os princípios, expressos ou não nos textos legais, mas reconhecidos e aplicados pelo jurista e pela jurisprudência, são dotados de um caráter marcante de generalidade, sendo menos rígidos e menos precisos do que as regras prescritas dos termos legais,⁴⁰ justamente para permitir a adequação do sistema jurídico-normativo à evolução social, de maneira aberta e suscetível à admissão de novos valores escolhidos pela *vontade geral*.

7 DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS

Como Judith Martins-Costa⁴¹ observa, existe respeitável doutrina que, em virtude da polissemia do termo “princípio”, entende inexistir diferença entre os princípios e as cláusulas gerais. Apesar de a maioria das cláusulas gerais conter princípios em seus enunciados, reenviando e direcionando o intérprete aos valores que estes exprimem e inserem na ordem jurídica, elas não são princípios.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 131.

⁴⁰ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 109.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 315.

De fato, as cláusulas gerais denotam normas jurídicas parcialmente em branco, pois são estabelecidas de maneira que o intérprete é levado a completá-las por meio de outras disposições normativas existentes no sistema jurídico, ou por intermédio de modelos de comportamento, normas (inclusive morais) e/ou valores, que não estão descritos na própria cláusula geral e, muitas vezes, também não são definidos no próprio ordenamento jurídico. Por isso, o intérprete da cláusula geral – normalmente o juiz – tem poder extraordinariamente amplo para determinar o conteúdo efetivo da norma aplicável ao caso concreto.

Isso não significa, contudo, que o intérprete da cláusula geral vá criar o direito exclusivamente de acordo com as suas próprias convicções e valores, quando é direcionado para padrões estabelecidos fora do ordenamento jurídico. Na prática, o intérprete da cláusula geral, ao ser enviado ao padrão de comportamento extrajurídico, sempre considerando as circunstâncias do caso concreto, deve verificar qual é a concepção de comportamento vigente e aceita pela maioria dos concidadãos naquele momento, com a devida ponderação do padrão médio de conduta – a fórmula do *bonus parter familias* –, bem como das determinações doutrinárias e a experiência de casos análogos julgados anteriormente (jurisprudência). Isso não elimina, contudo, certo grau de discricionariedade axiológica do intérprete, que deve ser minimizado, tanto quanto possível, em nome da certeza e da segurança jurídica.

Assim, o enunciado flexível da cláusula geral permite a variabilidade de sua significação, bem como a abertura do sistema jurídico para recolher e concretizar a evolução dos padrões comportamentais efetivamente vigentes na sociedade. Mesmo sendo estabelecidas por fonte necessariamente legislativa do direito, as cláusulas gerais são completadas e concretizadas com o recurso a outras fontes, tais como a consuetudinária, a

jurisprudencial, a doutrinária e, até mesmo, a negocial,⁴² uma vez que os contratos são fontes de direitos e de obrigações.

Embora os princípios também permitam a evolução e a abertura do sistema jurídico para a introdução de valores e de padrões de comportamento aceitos socialmente em determinado local e momento histórico, eles não se confundem com as cláusulas gerais.

Assim, de maneira distinta da que ocorre com relação às cláusulas gerais, os princípios estabelecem proposições diretoras às quais todo o desenvolvimento posterior da ciência jurídica deve estar subordinado, quer pela determinação de padrão de conduta (dever-ser), quer pela determinação de diretivas de interpretação.

Além disso, o princípio é uma espécie do gênero norma jurídica e a cláusula geral é apenas a manifestação positiva de um princípio ou de uma regra. Colocada pela lei sempre de maneira extremamente ampla e aberta, a cláusula geral depende, necessariamente, de complementação e concretização por meio da utilização de outras fontes do direito, com recurso a padrões jurídicos e/ou metajurídicos, o que nem sempre ocorre com os princípios.

Como se não bastasse, os princípios podem assumir função primordial na interpretação de outros princípios e das regras, o que não é característica das cláusulas gerais.

E mais: a cláusula geral só existe quando expressamente declarada no texto normativo de origem legal. Por isso, independentemente de seu caráter generalíssimo e incompleto, não se pode falar em cláusula geral implícita, o que é plenamente possível com relação aos princípios.

Segundo Judith Martins-Costa, outra evidência da diferença entre os conceitos é que existem cláusulas gerais que contêm um princípio e outras que, nem de longe, contêm princípios, apenas

⁴² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 334.

reenviando a outros estatutos jurídicos e a princípios do direito, como ocorre, por exemplo, com o art. 7º da Lei n. 8.078/90⁴³ – código de defesa e proteção do consumidor.⁴⁴

Ficam evidentes, então, não somente as diferenças entre os princípios e as cláusulas gerais, mas o caráter extremamente mais completo e amplo dos princípios, o que permite, como mais eficiência, a mobilidade e a abertura do sistema jurídico.

8 A REGRA

Da explanação estabelecida acima sobre a diferenciação entre princípios e regras, pode-se concluir que uma regra jurídica é um padrão normativo que estabelece um dever-ser, um critério específico de conduta ou de organização social, para dar concreção aos princípios jurídicos e aos valores que são subjacentes a estes.

Assim, a regra jurídica estabelece um padrão de conduta, geralmente objetivo e explícito – do tipo *se A fizer B, A deve ser C* –, que deve ser observado ou omitido, desde que a hipótese prevista em seu enunciado se verifique no caso concreto. Por isso, as regras são aplicáveis por completo ou não são aplicáveis à hipótese fática apresentada em determinado momento, pois muitas vezes as eventuais exceções também são descritas no enunciado da regra. As conseqüências jurídicas do cumprimento ou do descumprimento da regra geralmente são estabelecidas pela própria regra, ou são estabelecidas por outra de igual hierarquia.

⁴³ “Art. 7º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes, equidade.”

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 323.

Contudo, quando há conflito entre duas regras (antinomia), uma delas não será considerada válida e será extirpada do sistema, para que a regulamentação do caso prático seja feita pela outra regra, pontualmente considerada válida e eficaz. Nesse sentido, as regras são classificadas de acordo com a hierarquia das fontes que as estabelecem no ordenamento jurídico (Constituição, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, decreto, portaria, instrução, jurisprudência, contrato), ou de acordo com o caráter temporal (a regra mais recente, estabelecida por fonte de igual hierarquia, prevalece sobre regra mais antiga), ou, ainda, de acordo com o caráter da especificidade (a regra específica, estabelecida por fonte de igual hierarquia e em um mesmo momento, prevalece sobre a regra geral). Não há, portanto, que se falar em uma classificação hierárquica valorativa das regras, tal como acontece com os princípios jurídicos.

Não obstante, convém observar que, no caso concreto, a regra pode deixar de ser aplicada em virtude da imposição de um comando normativo determinado pelo princípio (fundamental, geral ou específico) que o informa e justifica. É o que aconteceu, por exemplo, com a interpretação e a aplicação do disposto no art. 15 do Decreto n. 3.708/19.⁴⁵

Apesar de a referida regra legal expressa determinar, à época de sua vigência, que os haveres do sócio dissidente de alteração do contrato social das sociedades por quotas de responsabilidade limitada deveriam ser calculados e pagos na proporção do último balanço aprovado, a jurisprudência acabou reconhecendo a

⁴⁵ “Art. 15. Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado. Ficam, porém, obrigados às prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para o pagamento das obrigações contraídas, até à data do registro definitivo da modificação do estatuto social.”

imposição do comando normativo do princípio que veda a possibilidade do enriquecimento injusto ou sem causa, para determinar que os haveres do dissidente deveriam ser calculados e pagos, da forma mais ampla possível, com fundamento em um balanço especial, realizado para este fim, e que consideraria a realidade patrimonial verificada na data da dissidência.

Esse posicionamento jurisprudencial se impôs a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento do Recurso Extraordinário n. 89.464/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, 2ª Turma⁴⁶ e na doutrina foi defendido, dentre outros, por Nélson Abrão,⁴⁷ José Waldecy Lucena⁴⁸ e Celso Barbi Filho.⁴⁹

O mesmo afastamento pontual da regra expressa da lei ocorreu com relação ao disposto no art. 20 do Código Civil brasileiro de 1916,⁵⁰ relativamente à autonomia da pessoa jurídica diante de seus membros.

Nesse sentido, como Osmar Brina Corrêa-Lima relata,⁵¹ em 1960, muito antes da promulgação do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90),⁵² do art. 18 da Lei n. 8.884/94

⁴⁶ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 89, p. 1.054, set. 1989.

⁴⁷ Cf. ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁴⁸ Cf. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Renovar, 2001.

⁴⁹ BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*, p. 480-507.

⁵⁰ “Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.”

⁵¹ LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*, p. 143-145.

⁵² “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

(lei da concorrência)⁵³ e, logicamente, do art. 50 do Código Civil brasileiro de 2002,⁵⁴ a jurisprudência brasileira já se manifestava no sentido de afastar a aplicação da regra contida no *caput* do art. 20 do Código Civil de 1916, para determinar a responsabilização dos membros da pessoa jurídica pelos atos ilícitos praticados por esta, em nome dos princípios da boa-fé e de proteção ao crédito.

Tudo isso comprova a força e a importância do reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos para a solução de conflitos da prática em quaisquer ramos do Direito.

9 CONCLUSÃO

Antes mesmo da identificação de um princípio jurídico e de sua utilização prática que irá lhe atribuir caráter normativo, impositivo e coercitivo, é fundamental saber o que realmente é um princípio jurídico.

Esse conhecimento se faz cada vez mais necessário e importante, uma vez que se verifica entre os atuais operadores do Direito, muitas vezes formados sob o manto do positivismo radical, ou de forma deficiente, apressada e dirigida apenas e tão-somente

⁵³ “Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

⁵⁴ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

à solução de questões objetivas de uma prova de simples escolha em um concurso público (esse, infelizmente, parece ser o objetivo da maioria das dezenas de cursos de Direito que se proliferam todos os anos), um grande (ou total) desconhecimento sobre a relevância e do caráter realmente normativo dos princípios.

Por ignorância, existe um total descompasso entre aquilo que está previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro em matéria de princípios, regras e cláusulas gerais, e a atuação profissional da maioria dos atuais operadores do Direito.

Essa ignorância impede que os operadores do Direito realmente utilizem as normas jurídicas dispostas no ordenamento de maneira a reconhecer a abertura do sistema, a superação da legalidade estrita e a imposição da normatividade, bem com de estabelecer solução e/ou prevenção de conflitos.

Esse desconhecimento permite que os mesmos profissionais que foram “treinados” a encontrar respostas objetivas apenas entre as regras de origem legal dispostas no ordenamento, de maneira a permitir o acerto de uma questão nas provas da faculdade, no exame de suficiência da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ou nos concursos públicos, tenham uma atuação profissional medíocre e totalmente distanciada das reais necessidades das pessoas que acreditam em suas lições nos bancos das faculdades, os contratam em suas bancas de advocacia ou que se submetem às suas decisões nas barras dos tribunais.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio e outros. *Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed. 15. impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; MELLO FRANCO, Francisco Manoel de. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Renovar, 2001.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 31, p. 21, jul./set. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.