

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Cleber Demetrio Oliveira da Silva

Advogado

Consultor da Associação Gaúcha de Consórcios Públicos
Colaborador da Subchefia de Assuntos Federativos da Secretaria
de Relações Institucionais da Presidência da República
Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS
Mestrando em Direito pela PUCRS

1. Introdução. 2. Os princípios e as ciências. 3. Os princípios jurídicos.

1 INTRODUÇÃO

Neste alvorecer de milênio, percebe-se, no seio da sociedade brasileira, intenso movimento intelectual de enfrentamento de obsoletos paradigmas sociais, políticos e econômicos que ainda impregnam negativamente a forma de pensar e viver da nação brasileira, retardando-lhe o acesso a um patamar superior de qualidade de vida de seus cidadãos.

Atualmente, uma das grandes insatisfações da sociedade brasileira repousa na indiscutível insuficiência estatal de prover a justiça a quem a ele recorre em busca de uma solução célere para seus problemas. É que fundado em modelo obsoleto, face às novas demandas sociais, o processo civil brasileiro contemporâneo não tem conseguido responder satisfatoriamente às expectativas de seus usuários.

Abarrotados de processos e pressionados por determinações superiores no sentido de atingirem metas quantitativas previamente estipuladas, juízes tentam desesperadamente, sem êxito, resolver o problema da insatisfação social pela lentidão da prestação jurisdicional, acelerando o ritmo de trabalho para devolver à sociedade uma quantidade cada vez maior de decisões em tempo cada vez menor. Como resultado, o tempo necessário à formação da convicção do julgador na prolação de uma decisão também vem sendo diminuído ao que não se tem dado a devida importância na avaliação do problema, pois, afinal, sob a ótica do paradigma atual, bom juiz é aquele que julga o maior número de processos por hora, dia, semana, mês, ano.

Evidentemente que esta corrida judicial contra o tempo acaba por piorar a já dramática situação do Poder Judiciário brasileiro, pois a pressa do julgador – que é humano, ressalta-se – por vezes, gera decisões equivocadas e, portanto, injustas. Dessa forma, o custoso e inepto

aparato judicial estatal acaba reforçando o senso comum do povo no sentido de que algo precisa mudar e rápido no processo civil brasileiro.

Diante desse cenário de obsolescência do sistema processual brasileiro, apresenta-se necessária uma reconstrução dogmática que examine a questão desde sua base axiológica, desde o nascedouro dos conceitos processuais com o fito de adaptar o processo civil à realidade dos novos tempos. E a reformulação conceitual a ser empreendida deverá abarcar a totalidade do sistema processual, implicando criteriosa reavaliação tanto das normas estritas quanto dos princípios vigentes, tudo visando ao aperfeiçoamento do processo civil brasileiro.

Desse modo, sem a pretensão de esgotar a matéria, realizar-se-á estudo acerca dos elementos fundantes dos princípios jurídicos, que propicie ao leitor, entre outras definições e idéias, uma proposta de definição de *princípio jurídico* a ser utilizado na seara do direito processual civil.

Ante a impossibilidade prática de se fixar um rol exaustivo de princípios processuais, frente às infinitas possibilidades de circunstâncias que envolvem uma dada situação processual, este estudo focar-se-á, sobretudo, no exame das principais características de um princípio jurídico, à luz do exame das principais teorias principiológicas da atualidade, na tentativa de oferecer critérios suficientes ao operador jurídico, envolvido no caso processual concreto, que o auxiliem na identificação e utilização de valores jurídicos que possam ser classificados e manejados acertadamente como *princípios processuais* na criação da melhor solução jurídica para uma determinada situação processual concreta.

Ainda, à guisa de introdução, releva destacar que este ensaio adota por referencial teórico as idéias de princípio adotadas pela corrente pós-positivista que postula tratarem-se os princípios de espécies do gênero norma como se verá adiante. Assim, tem-se que os princípios passaram a informar efetivamente a aplicação e interpretação do Direito em todas as atividades do mundo jurídico, inclusive na seara processual civil.

Diante desta indiscutível constatação de incorporação definitiva da idéia de princípio na ordem jurídica, este ensaio tem a finalidade de realizar breve estudo principiológico voltado ao direito processual civil que possa, pelas razões já expostas, oferecer alguma contribuição – consubstanciada em proposição de ferramenta metodológica de investigação de princípios – ao debate acerca da modernização do processo civil brasileiro.

2 OS PRINCÍPIOS E AS CIÊNCIAS

Desde que o Homem voltou sua atenção para compreender os diversos fenômenos existentes à sua volta, os princípios sempre ocuparam papel de destaque no mundo das

ciências. Pesquisas em consagrados dicionários pátrios¹ permitem extrair a idéia chave de que dito vocábulo encerra a noção principal “*de ponto de partida*”², o que explica a curiosidade dos cientistas em compreendê-lo e aplicá-lo em suas teorias e experimentos. Identificar o ponto de partida de um determinado objeto de estudo significa desvendar-lhe o que ele possui de mais importante: sua essência, sua raiz.

Diante disso, inúmeros estudos sobre princípios, nos mais variados ramos do conhecimento humano, foram realizados, valendo noticiar a existência de diversas formas clássicas de classificação de princípios, dentre as quais, ressalta-se a que se utiliza do *critério da abrangência*, que leva em conta os limites da aplicabilidade dos princípios. Segundo tal critério, os princípios podem ser classificados em quatro espécies a saber: a) *onivalentes* que são proposições gerais, de validade integral, aplicáveis a todas às ciências. Orientam o pensamento, motivo pelo qual também são chamados de *princípios racionais do conhecimento* ou *primeiros princípios*³; b) *plurivalentes* que “*são aqueles comuns a mais de uma ciência, ou a um grupo de ciências, orientando-se apenas nos aspectos que se*

¹ No Novo Aurélio da Língua Portuguesa, encontram-se as seguintes acepções: “**Princípio**. [Do lat. Principiu.] S. m. **1.** Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; ...**2.** Causa primária. **3.** Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. **4.** Preceito, regra, lei; **5.** P. ext. Base; germe:...**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. Cf. princípio, do v. principiar.] ~ V. princípios”. Por seu turno, o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa traz as seguintes conceituações para o vocábulo em exame: “**Princípio** s.m. **1.** O primeiro momento da existência (de algo), ou de um processo; começo, início <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 <foi educado sob p. rígidos> <não cede por uma questão de p.><é um homem sem p.> **4.** Dito ou provérbio que estabelece norma ou regra <faça o bem sem olhar a quem é um bom p.> **5.** Proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos <princípios da Física, da Matemática> **5.1.** FÍS. 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 apoia o raciocínio <partir de um p. falso> **7.** FIL. Fonte ou causa de uma ação **8.** FIL. Proposição filosófica que serve de fundamento a uma dedução. **Princípios** s.m.pl. **9.** Livro que contém noções básicas e elementares de alguma matéria, ciência, etc.; elementos <p. de Estatísticas> <p. de Linguística geral> **10.** Instrução, educação; opiniões, convicções. **Princípios da contradição:** princípio ontológico segundo o qual nada pode ser, ao mesmo tempo, aquilo que é e o que não é, o que corresponde à idéia lógica de que, em uma mesma proposição, é impossível que um atributo qualifique e não qualifique um sujeito [Princípio lógico e ontológico do aristotelismo, tal concepção somente se consagrou exclusivamente como lei fundamental do pensamento na Idade Moderna]. **Princípio da identidade:** lei fundamental do pensamento lógico que afirma que qualquer termo é idênticamente a si mesmo, ou, algebricamente, $A=A$. [Concebido na filosofia medieval com o objetivo de simplificar o aristotélico princípio da contradição foi, na Idade Moderna, erigido à posição de um dos princípios lógicos elementares do pensamento]. **Princípio do terceiro excluído:** princípio que postula a inexistência de qualquer meio-termo entre enunciados contraditórios, de tal forma que, necessariamente, uma proposição seja verdadeira e a outra falsa [formulado por Aristóteles como um corolário do princípio da contradição, somente na Idade Moderna foi considerado como uma lei autônoma e fundamental do pensamento lógico]”.

² CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5.

³ Os princípios onivalentes são: **princípio da identidade** que pode ser representado pela fórmula $A=A$ (e não B); **princípio da não-contradição** que representa a idéia de que dois atributos contraditórios são mutuamente excludentes. Assim, segundo exemplo de Cretella Neto, o Homem não pode ser considerado, ao mesmo tempo, animal racional e irracional; **princípio do terceiro excluído** que comporta a noção de que existindo duas

interpenetram”⁴; c) *monovalentes* que “são aqueles cuja validade é restrita a um único campo do conhecimento”⁵; e d) *setoriais ou regionais*, entendidos como “proposições básicas em que repousam os diversos setores em que se baseia determinada ciência”⁶.

Importa destacar que a classificação pelo critério de abrangência não é exclusiva do Direito, mas, ao revés, é metodologia utilizada nas mais diversas áreas do conhecimento humano, constituindo, portanto, classificação principiológica de caráter universal. A relevância de sua apresentação no presente estudo reside em dois aspectos: primeiro, demonstra que o estudo dos princípios não é exclusividade da seara jurídica; e segundo, aponta mecanismos classificatórios consagrados que poderão ser úteis na compreensão do fenômeno principiológico no âmbito da ciência jurídica.

3 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Na seara do Direito, grande número de doutrinadores pátrios e estrangeiros, dos mais variados ramos jurídicos, já escreveram sobre o assunto. Visando contextualizar a presente investigação, apresentar-se-á breve coletânea das principais idéias e conceitos doutrinários sobre a temática, que não tem pretensão de ser exaustiva em razão da vastidão da matéria, mas meramente condutora do desenvolvimento lógico do dito assunto naquilo que for pertinente ao objeto do presente ensaio.

Nesse tocante, Humberto Ávila (2006)⁷ destaca a existência de duas correntes principais de investigação dos princípios jurídicos. A primeira analisa os princípios de modo a exaltar os valores por eles protegidos – qualificando-os como alicerces ou pilares do ordenamento jurídico –, sem, contudo, examinar quais são os comportamentos indispensáveis à efetivação desses valores e quais são os mecanismos metodológicos necessários à fundamentação controlável da sua aplicação.

A segunda investiga os princípios de maneira a privilegiar o estudo de sua estrutura, visando a encontrar um *procedimento racional de fundamentação* que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação.

proposições contraditórias, se uma delas for verdadeira, a outra será, necessariamente, falsa, inexistindo uma terceira solução; e **princípio da razão suficiente** que garante que nada acontece sem uma causa.

⁴ Ibidem, p. 7.

⁵ CRETELLA NETO, José. Op. Cit., p. 9.

⁶ Ibidem, p. 10.

⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64.

A despeito de o presente ensaio adotar a segunda linha investigativa, que privilegia o estudo da estrutura dos princípios com vistas a estabelecer procedimentos eficazes de fundamentação, justificação e controle na aplicação de princípios, doutrina pertencente à primeira corrente também será trazida a exame, tendo-se em vista dois argumentos: primeiro, a abordagem da primeira escola significa descrever a evolução histórica do tema, o que é relevante para a plena compreensão de qualquer objeto de investigação científica; segundo, a corrente que qualifica os princípios como alicerces ou pilares do ordenamento jurídico, a despeito de trazer poucos resultados efetivos, em termos científicos, na compreensão e aplicação dos princípios⁸, desenvolveu alguns conceitos relevantes que se mostram plenamente válidos ao estudo principiológico do Direito brasileiro, o que justifica sua análise neste trabalho.

É de José Cretella Neto (2006) a seguinte conceituação de *princípio*:

Toda e qualquer ciência está alicerçada em princípios, que são proposições básicas, fundamentais e típicas, as quais condicionam as estruturações e desenvolvimentos subsequentes dessa ciência.⁹

De se perceber que Cretella Neto assume posicionamento da corrente doutrinária que estuda princípios sob a ótica de enaltecimento dos valores por eles protegidos. Esta escola de pensamento foi hegemônica durante muito tempo no cenário jurídico, sendo responsável pela difusão da idéia – que a moderna doutrina reputa equivocada¹⁰ –, de que ferir um princípio é mais gravoso do que violar uma norma estrita (regra). É que segundo a atual concepção de princípios, tem-se que, grosso modo, trata-se de norma que, ao contrário das regras, não estabelece uma conduta a ser seguida pelo destinatário, mas apenas aponta um estado ideal de coisas a ser atingido. Daí afirmar a moderna doutrina principiológica, pelo maior grau de determinação da conduta existente nas regras – quando comparada aos princípios – que a violação de uma regra é mais grave do que a de um princípio.

3.1 Princípios fundamentais e princípios gerais de Direito

O estudo dos princípios, no âmbito do Direito, apresenta algumas nuances semânticas que merecem exame. Consideradas aprioristicamente irrelevantes, algumas definições acabam sendo utilizadas sem qualquer cuidado por parte de alguns autores, causando confusão no

⁸ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 64.

⁹ CRETELLA NETO, José. *Op. Cit.*, p. 5.

¹⁰ Humberto Ávila postula que “*descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio. E isso porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável*” (*Teoria dos princípios*, 5.ed., 2006, p. 90).

estudo da matéria. A utilização indiscriminada das acepções *princípio jurídico*, *princípio fundamental* e *princípio geral de Direito* é uma das preocupações daqueles que enxergam na sistematização, a operacionalização racional da ciência jurídica, a impedir decisionismos e arbitrariedades. Assim, mostra-se oportuno apresentar alguns posicionamentos doutrinários sobre as aludidas definições.

Para J.J. Gomes Canotilho (1992), consideram-se *princípios jurídicos fundamentais*

os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.¹¹

Para Juarez Freitas (2004) princípios fundamentais são

os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.¹²

Segundo o administrativista gaúcho, os princípios fundamentais desempenham o relevante papel de orientar o operador jurídico na resolução de antinomias jurídicas, tendo-se em vista carregarem valores axiológicos superiores às demais espécies normativas. De se notar a vinculação do conceito proposto à nuance axiológica dos princípios.

Ainda nessa seara, Riccardo Guastini (1999) define princípios fundamentais de um ordenamento jurídico como

“los valores ético-políticos que, por un lado, informan todo el ordenamiento y, por outro, le dan fundamento o justificación”¹³.

O jurista italiano os exemplifica citando os princípios da igualdade, da soberania popular, da irretroatividade das leis, entre outros fundantes de um ordenamento jurídico. Assim, para Guastini, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico são os valores ético-políticos que informam um determinado ordenamento jurídico. O jurista peninsular postula, ainda, que a diferença entre princípios fundamentais e gerais reside na ênfase que se quer dar ao princípio. Enquanto a utilização do adjetivo *geral* enfatiza a dimensão de *extensão* sobre ordem jurídica, a adjetivação do termo princípio em *fundamental* acentua sua *posição*

¹¹ Ibidem, p. 15.

¹² FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4.ed. rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

¹³ GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo – estudos de teoria y metateoria del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltran. 1.ed..Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p. 152.

(fundante) no ordenamento ¹⁴. Por carregarem carga axiológica de matiz política, os princípios fundamentais ou gerais devem ostentar estatura constitucional, irradiando-se para todas as demais normas de uma dada ordem jurídica.

Norberto Bobbio postula que princípios gerais são normas como todas as demais, advertindo, no entanto, para o fato de que podem ser expressos ou não-expressos, ou seja, esses últimos são

aqueles que se podem tirar por abstração das normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.¹⁵

3.1.1 Princípio e norma jurídica

Já se afirmou que este ensaio adota por premissa o conceito pós-positivista de que princípios são espécies do gênero norma. Todavia, a evolução do pensamento jurídico até a aludida assertiva não foi tarefa fácil e rápida, dado que o assunto foi – e ainda é – objeto de muita discussão nos cenários nacional e estrangeiro. Considerando que o tema é de suma importância na compreensão e desenvolvimento do presente trabalho, apresentar-se-á breve apanhado de idéias, conceitos e correntes doutrinárias sobre a instigante temática.

Sempre que alguém se propõe a estudar princípios jurídicos, defronta-se com a seguinte indagação recorrente em diversos ensaios: *princípio e norma jurídica* são termos equivalentes ou existirá alguma diferença conceitual entre eles? Colacionar-se-á nas linhas seguintes o posicionamento de consagrados doutrinadores a respeito do assunto, almejando apresentar ao leitor amplo panorama do debate estabelecido sobre a matéria e as conclusões doutrinárias dele decorrentes.

3.1.1.1 Normas jurídicas em sentido estrito

José Afonso da Silva (1997), ao examinar o conceito de normas, as definiu como

os preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.¹⁶

¹⁴ Idem. *ibidem*, p. 153.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 159.

¹⁶ CRETELLA NETO, José. *Op. Cit.*, p. 25.

Riccardo Guastini, quanto à definição de norma, desenvolve raciocínio envolvendo conceito de enunciado, segundo o qual,

diz-se 'enunciado' qualquer expressão lingüística sob forma acabada. Considera-se que o enunciado não coincide (necessariamente) com o isolado artigo de lei, ou com o isolado parágrafo. Um artigo de lei ou um parágrafo seu pode muito bem ser constituído, como acontece freqüentemente, por uma pluralidade de enunciados.¹⁷

Em seguida o jurista italiano prescreve que

a disposição é um enunciado que constitui o objeto da interpretação. A norma é um enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação. Nesse sentido, as normas são – por definição – variáveis dependentes de interpretação.¹⁸

Portanto, Guastini inteligentemente vincula o conceito de norma ao de interpretação. Em outras palavras, significa dizer que de um enunciado (texto de lei) pode-se extrair várias normas (regras), dependendo da interpretação que se lhe aplique. Esta conclusão possibilita entender satisfatoriamente porque determinados textos de lei antigos podem continuar absolutamente adequados à realidade social apesar do transcurso de várias décadas ou até séculos. É que a interpretação que o operador jurídico aplica àquele texto de lei vai se alterando, amoldando-se aos novos valores trazidos pelos novos tempos, implicando a extração de normas diferentes de um mesmo dispositivo legal.

Nesta seara, de diferenciação entre norma e dispositivo, oportuna a lição de Humberto Ávila (2006) ao afirmar que:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.¹⁹

Quanto à diferença entre normas estritas e princípios em termos de carga axiológica, Juarez Freitas (2004) assevera que:

Então, devem as normas estritas ou regras ser entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores aos princípios. Existem justamente para harmonizar e dar concretude aos princípios fundamentais, não para debilitá-los ou deles subtrair a nuclear eficácia direta e imediata.

¹⁷ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. Apresentação: Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25.

¹⁸ GUASTINI, Riccardo. *Op. Cit.*, p. 28.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 30.

Tais regras, por isso, nunca devem ser aplicadas mecanicamente ou de modo passivo, mesmo porque a compreensão das regras implica, em todos os casos, uma simultânea aplicação dos princípios em conexão com as várias frações do ordenamento.²⁰

Portanto, em suma, pode-se afirmar que uma norma jurídica em sentido estrito é um preceito, decorrente de interpretação de um enunciado expresso, que estabelece uma determinada relação intersubjetiva na qual se observa num dos pólos, a atribuição de uma vantagem, no outro, uma obrigação.

3.1.1.2 Princípios jurídicos

Genaro R. Carrió (1970) aludiu que a expressão *princípio jurídico* é utilizada para “referir-se à mens legis ou a ratio legis de uma dada norma ou de um conjunto de normas, ou seja, a finalidade a que se destinam”²¹.

Na busca de uma definição para princípios jurídicos, Karl Larenz (1979) postulou que princípios

são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento jurídico, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico²².

De seu turno, Canotilho (1991) expressa entendimento de que princípios

são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser a base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios.²³

Perceba-se a convergência de idéias entre Larenz (1979), Canotilho (1991) e Guastini (1999) no sentido de que os princípios exercem papel de fundamento das normas jurídicas. Todavia, o jurista lusitano traz elemento novo ao debate ao considerar que os princípios quando positivados transformar-se-iam em *normas-princípios*. Ou seja, Canotilho deixa entrever que as normas classificáveis como princípios não necessitam rigorosamente serem desprovidas de texto expresso.

²⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58.

²¹ CARRIÓ, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1970, p. 34-38.

²² LARENZ, Karl. *Derecho Justo – fundamentos de la ética jurídica* (do original alemão *Richtiges Recht*, Munique: Beck'sche Verlag, 1979), trad. Por Luiz Diéz-Picazo, Madrid: Civitas, 1985, p. 14.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.49.

Nesse sentido, nosso ordenamento jurídico parece estar repleto de *normas-princípios*. Bom exemplo disso é o artigo 37 da Constituição Federal²⁴ que expressamente agasalha os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como cânones da Administração Pública brasileira.

Guastini (1999), ao tratar da questão, utiliza a aceção *princípios expressos* – de ampla utilização entre nós – para denominar

aquellos que son explícitamente formulados en una expresa disposición constitucional o legislativa, de la que se pueden obtener (como cualquier otra norma) mediante interpretación²⁵.

3.1.1.2.1 Funções dos princípios jurídicos

Nesse momento, vale destacar alguns escritos doutrinários acerca de outras funções que os princípios jurídicos teriam no ordenamento jurídico. Segundo Guastini, os princípios desempenham o papel de normas fundamentais em duplo sentido:

En primer lugar, en el sentido de que los principios son normas que sirven de fundamento o justificación de otras normas (generalmente, cada principio constituye el fundamento de una multiplicidad de otras normas).

En segundo lugar, en el sentido de que los principios son normas que parecen no requerir, a su vez, fundamento o justificación (ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o como intrínsecamente justos).²⁶

Portanto, na visão do professor italiano, os princípios além de servirem de fundamento ou justificação de outras normas, *pareceriam* possuir a qualidade de prescindir de fundamento ou justificação, dado que seriam percebidos como óbvios, auto-evidentes ou como intrinsecamente justos. Este segundo entendimento, da forma como foi expresso por Guastini, parece não ser conclusivo, tratando-se de mera inferência do jurista. Assim, apresenta-se oportuna a seguinte indagação: seria possível imaginar que uma norma qualquer poderia prescindir de fundamento se até mesmo os princípios fundamentais, como já visto, necessitam de fundamentos, ainda que estranhos à ciência jurídica? A toda evidência, a resposta apresenta-se negativa. É que qualquer norma, sem exceções, para informar um sistema jurídico, necessitará ser legitimada pela devida fundamentação, pois são justamente os

²⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada ao caput pela Emenda Constitucional nº 19/98)

²⁵ GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo – estudos de teoria y metateoria del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltran. 1.ed..Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p. 155.

fundamentos que dão origem às regras jurídicas. Desse modo, a assertiva de Guastini parece não merecer acolhida.

Na visão de Cretella Neto, os princípios apresentam duas funções precípuas: a) orientar o legislador na elaboração de leis justas; e b) possibilitar a correta interpretação da lei pelo julgador na solução dos conflitos de interesse.

Pensa-se que a essas duas funções poder-se-ia adicionar uma terceira que seria a de orientar o operador jurídico na aplicação da norma no caso concreto na busca da opção mais justa. Esta terceira função cresce de importância por ocasião do surgimento de novas tecnologias (v.g. comércio eletrônico) e institutos jurídicos (v.g. consórcios públicos), que, por se tratarem de institutos jurídicos novos, podem ainda carecer da desejável consolidação de regimes jurídicos próprios ou até mesmo do mínimo tratamento legislativo necessário à regulação dos casos concretos deles decorrentes.

3.1.2 Relação entre princípios e normas jurídicas

Como já afirmado na introdução, importa destacar existência de corrente doutrinária que entende inexistir diferença entre normas e princípios, aduzindo que aquelas seriam *gênero*, dos quais estes seriam *espécies* dotadas de *grau de abstração relativamente elevado*, ao contrário da outra espécie de normas, *as regras*, caracterizadas pelo *grau de abstração relativamente reduzido*²⁷.

Nesse tocante, não se poderia deixar de mencionar a lição de Ronald Dworkin (1967), cujo desenvolvimento teórico sobre a diferenciação entre normas e princípios estatui que

as normas jurídicas (regras) são aplicadas segundo o critério “tudo-ou-nada” (*all-or-nothing*), no sentido em que, no caso concreto, ou a norma é *válida* ou a norma é *inválida*; em caso de colisão de regras jurídicas, uma delas prevalece. Já os princípios possuem uma ponderação específica (*dimension of weight*), dentro de cada sistema jurídico; em caso de choque entre dois princípios, aquele que detiver maior peso relativo, em comparação com o outro ou com os outros, prevalece. Aquele que tem peso relativo menor não perde a validade, apenas é suplantado pelo que tem peso maior.²⁸

Observe-se que Dworkin apresentou novo elemento diferenciador entre princípios e normas estritas: a ponderação específica (*dimension of weight*), fenômeno pelo qual eventual conflito entre princípios não gera exclusão de nenhum deles da ordem jurídica, dada à possibilidade de aplicação ponderada, por parte do operador jurídico, em termos de incidência

²⁶ GUASTINI, Riccardo. *Op. Cit.*, p. 151.

²⁷ CRETELLA NETO, José. *Op. Cit.*, p. 25.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, 1967, p. 14 e segs.

em maior ou menor grau de um determinado princípio em detrimento ou em favor de outro(s) no caso concreto.

Todavia, cumpre pontuar entendimento de Humberto Ávila (2006) no sentido de que o fenômeno de ponderação de peso não é exclusividade do plano dos princípios, aplicando-se igualmente nos casos de conflitos entre normas estritas (regras), aludindo, entre outras razões para sua assertiva, o fato de que o que diferenciaria as ponderações de razões ocorridas nos conflitos de regras e das dos conflitos de princípios seria a amplitude do espaço de apreciação do aplicador. No exame entre qual regra a aplicar, se a geral ou a exceção, o aplicador “*porque as hipóteses normativas estão entremostradas pelo significado preliminar do dispositivo, em razão do elemento descritivo das regras*”²⁹, o âmbito de apreciação do aplicador seria menor do que no conflito entre princípios, no qual o operador “*possui maior espaço de apreciação, na medida em que deve delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas*”³⁰. Assim, a esse respeito, conclui Ávila, *verbis*:

Não é correto, pois, afirmar que princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação (*abwägungsbedürftig*). A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso.³¹

Demais disso, Ávila postula que é incorreto afirmar que a dimensão de peso seja atributo da norma jurídica porque

não são, pois, os princípios que possuem uma dimensão de peso: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto³².

Quanto à questão da atribuição de invalidade da regra não aplicável ao caso concreto proposta pela teoria de Dworkin, Humberto Ávila progride no desenvolvimento de tal raciocínio para concluir que “*em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam*

²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 56.

³⁰ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 56.

³¹ *Idem*, *Ibidem*, p. 58.

³² ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 59.

sua validade”³³, trazendo dois exemplos (código de ética médica³⁴ e concessão de liminar contra a Fazenda Pública³⁵) que bem demonstram que o conflito de regras não ocorre só no plano abstrato, podendo acontecer também no plano material, o que exigirá um sopesamento de razões do aplicador, sem que a opção por ele adotada signifique invalidação da norma estrita desprezada no caso concreto. Arremata Ávila que, em que pese possam existir normas estritas “*estabelecendo comportamentos contraditórios, uma determinando o que a outra proíbe, elas ultrapassam o conflito abstrato mantendo sua validade*”³⁶. Em outras palavras, não há necessidade de se declarar a nulidade de uma das regras nem abrir exceção a uma delas, tratando-se, em verdade, de mera ponderação, por parte do aplicador, da finalidade normativa prevalente a ser preservada no caso concreto.

Na lição de Bobbio (1991), entre princípios inexistente antinomia em sentido próprio: em caso de conflito entre dois ou mais princípios, *nenhum* deles é *excluído* do ordenamento jurídico, operando-se uma conjugação dos valores contidos. Quando isso não for possível, deve ser feita uma opção sobre qual deverá ser o princípio aplicável no caso concreto; nesses casos, a fundamentação é de ordem predominantemente *política e social*, em detrimento da *jurídica*.³⁷

Almiro do Couto e Silva (2003), acerca do assunto, posiciona-se no sentido de que

os princípios meramente indicam caminhos para soluções que só serão tomadas após processo de ponderação com outros princípios. Todos eles são comparados e sopesados a fim de que se apure com que ‘peso’ ou em que ‘medida’ deverão ser aplicados ao caso concreto, por vezes se verificando, ao final desse processo, que só um deles é pertinente à situação em exame, devendo afastar-se o outro ou os outros, sem que haja, assim, revogação de um princípio em outro³⁸.

³³ Idem, *Ibidem*, p. 52-53.

³⁴ Ávila exemplifica assim: “*uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade?*” (*Teoria dos princípios*, 5.ed, 2006, p. 53).

³⁵ O exemplo retratado é o seguinte: “*uma regra proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei 9.494/1997). Essa regra proíbe ao juiz determinar, por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Outra regra, porém, determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos (art. 1º da Lei estadual n.º 9.908/1993). Essa regra obriga a que o juiz determine, inclusive por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver*” (*Teoria dos princípios*, 5.ed, 2006, p. 53).

³⁶ Idem, *Ibidem*, p. 53.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: ed. Polis, 1991, p. 91-97.

³⁸ SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo*

Portanto, Bobbio (1991) e Almiro do Couto e Silva (2003) compartilham da idéia de ponderação específica de princípios postulada originalmente por Dworkin (1967), que fundamenta a “*teoria moderna do Direito Público, inicialmente difundida pelos estudos de Filosofia e Teoria Geral de Direito e depois transportada para os trabalhos de Direito Constitucional*”³⁹. Nesse tocante, importa trazer a lume entendimento de Humberto Ávila, indicando uma possível superação dos critérios diferenciadores entre princípios e normas estritas propostos por Dworkin. Segundo Ávila,

o modo de aplicação das espécies normativas, se ponderação ou subsunção, não é adequado para diferenciá-las, na medida em que toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação.⁴⁰

É que para Humberto Ávila, as regras não são aplicadas segundo o processo de *tudo ou nada*, mas sofreriam também um processo de ponderação (interna e externa) na sua aplicação, de sorte que o processo de ponderação não seria válido para diferenciar normas estritas e princípios.

Cretella Neto (1996) enfatiza que, em termos práticos, no Brasil, tem-se admitido que a diferença entre norma e princípio reside no fato de que

a norma jurídica será sempre escrita, expressa em algum diploma legal; princípios podem constar como podem não constar de texto legal⁴¹.

Todavia, esta concepção, como já se percebeu pelas ponderações de Bobbio e Canotilho colacionadas acerca do assunto, parece intempestiva face à já demonstrada evolução do debate acadêmico em torno da questão.

Felizmente, como já colocado, esta questão parece estar superada na atualidade, dado o consenso doutrinário, tanto no plano jurídico nacional quanto no estrangeiro, no sentido da inexistência de diferença quanto à natureza jurídica das normas e princípios, tratando-se, em verdade, de mera questão de gênero (norma) e espécie (princípio). Assim, quer parecer que, nos dias de hoje, as diferenciações entre norma e princípio situam-se, não mais no plano da diversidade das naturezas jurídicas, mas restringem-se tão-somente às peculiaridades de cada espécie de norma.

decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei n.º 9.784/99). Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. V. 27, n. 57 supl., Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2003, p. 50.

³⁹ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 87.

⁴⁰ *Idem*. *Ibidem*, p. 88.

⁴¹ *Ibidem*, p. 29.

Ainda nesse contexto, Couto e Silva, traduzindo escritos de Alexy (1996), traz a lume o entendimento do autor alemão sobre as diferenças entre princípios e regras, traduzindo o original em alemão da seguinte forma, *in verbis*:

Ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam, tanto quanto possível, observadas as possibilidades jurídicas e fáticas, sejam realizadas na maior medida. Princípios são, pois, comandos de otimização, os quais se caracterizam por poderem ser atendidos em distintos graus e que a medida do seu preenchimento depende não apenas das possibilidades fáticas como também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é definido pela combinação de princípios e regras.⁴²

Assim, Robert Alexy entende que os princípios são *comandos de otimização* (*Optimierungsgebote*) incidentes ao caso concreto, cuja medida de aplicação atenderá às possibilidades fáticas e jurídicas envolvidas.

Contestando a integral validade desse entendimento, Humberto Ávila afirma que nem sempre é assim, demonstrando que na hipótese que “*versa sobre a possibilidade de que a realização do fim instituído por um princípio exclua a realização do fim estipulado pelo outro*” como, por exemplo, em situação em que se contraponham o princípio da liberdade de informação e o princípio da proteção da esfera privada, a colisão de princípios somente será solucionada com a rejeição de um deles, tal qual acontece no caso de colisão entre normas estritas⁴³.

3.1.3 Do conflito entre regras e princípios

Quanto ao conflito entre regras e princípios, Juarez Freitas (2004) postulou que os princípios fundamentais

diferenciam-se das regras não propriamente por generalidade, mas por qualidade argumentativa superior, de modo que, havendo colisão, deve ser realizada uma interpretação em conformidade com os princípios (dada a “fundamentalidade” dos mesmos), sem que as regras, por supostamente apresentarem fundamentos definitivos, devam preponderar. A primazia da “fundamentalidade” faz com que – seja na colisão de princípios, seja no

⁴² ALEXY, Robert *apud* SILVA, Almiro do Couto e. *Op. Cit.*, p. 50. A fim de manter a integridade textual de Alexy, Almiro do Couto e Silva alcança ao leitor o escrito original que segue: “*Der für die Unterscheidung von Regeln um Prinzipien entscheidende Punkt ist, dass Prinzipien Normen sind, die gebieten dass etwas in einen relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Masse realisiert wird. Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote, die dadurch charakterisiert sind, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und dass das gebotene Mass ihrer Erfüllun nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regeln bestimmt. (Theorie der Grundrechte., Frankfurt: Suhrkamp, 1996. p75-76)*”.

conflito de regras – um princípio, não uma regra, venha a ser erigido como preponderante. Jamais haverá um conflito de regras que não se resolva à luz de princípios, a despeito de este processo não se fazer translúcido para boa parte dos observadores.⁴⁴

Contraopondo-se frontalmente a tal entendimento, Humberto Ávila afirma que, no caso de conflito entre princípio e norma de mesmo nível hierárquico, deve prevalecer a norma, trazendo dois exemplos pragmáticos da validade de sua assertiva, além de referir julgado do Supremo Tribunal Federal que corrobora seu entendimento, como segue, *verbis*:

Quando houvesse colisão entre a regra de imunidade dos livros e o princípio da liberdade de manifestação de pensamento e de cultura, deveria ser atribuída prioridade ao princípio, inclusive – esta seria uma das conseqüências – para efeito de tornar imunes obras de arte! E se houvesse conflito entre a regra de competência para instituir contribuições sociais sobre faturamento e os princípios da solidariedade social e da universalidade do financiamento da seguridade social, deveria ser dada prevalência aos princípios, inclusive – este seria um dos resultados – para o efeito de justificar tributação mesmo que o valor obtido pela empresa não fosse enquadrado no conceito de faturamento! Ora, isso não é aceitável. O próprio Supremo Tribunal Federal afastou essa prevalência dos princípios em importante precedente⁴⁵.

Ávila critica ambas as distinções (fraca e forte) entre regras e princípios. No que diz respeito à fraca, consubstanciada na idéia de que os princípios e normas se diferenciam pelo grau de abstração e generalidade (princípios possuem elevado grau enquanto que as regras possuem baixo ou nenhum grau), o autor aduz que

A inconsistência semântica está na impropriedade da definição de *princípio* com base no elevado grau de abstração e generalidade. Esse critério de distinção entre as espécies normativas sofreu pesadas críticas. Uma delas – talvez a principal – é a de que toda norma, porque veiculada por meio de linguagem, é, em alguma medida, indeterminada, descabendo, por isso, fazer distinção entre as espécies normativas com base em algo que é comum a todas elas – a indeterminação. E como a aplicação das normas demanda amplo processo de ponderação de razões e de fatos, tanto a aparente

⁴³ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 62.

⁴⁴ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 56.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 90-91. O julgado referido pelo autor é o RE 346.084, rel. Min. Ilmar Galvão, rel. para o acórdão Min. Cezar Peluzo, j. 9.11.2005.

determinação pode desaparecer quanto a pressuposta indeterminação pode transmutar-se em clareza diante dos casos concretos.⁴⁶

Relativamente à distinção forte, doutrina capitaneada pelos estudos de Dworkin e Alexy, que sustenta que os princípios são normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação, em vários graus, com outras, enquanto as normas estritas (regras), que estabelecem em sua hipótese definitivamente aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, seriam aplicadas mediante subsunção (da situação fática à hipótese normativa), Ávila afirma que

A inconsistência semântica está na impropriedade da definição de *princípio* com base no modo final da aplicação e no modo de solução da antinomia. Essa distinção entre as espécies normativas sofreu várias críticas. O modo de aplicação das espécies normativas, se ponderação ou subsunção, não é adequado para diferenciá-las, na medida em que toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação.⁴⁷

Por fim, encerrando este rápido sobrevôo sobre as principais idéias e conceitos existentes na doutrina acerca dos princípios jurídicos, cabe destacar a existência análise doutrinária de Francisco Glauber Pessoa Alves (2003)⁴⁸, pautada pela perspectiva histórica, indicando a existência de três períodos evolutivos distintos e sucessivos cujas idéias centrais implicaram mudanças na compreensão dos princípios jurídicos. São eles: **jusnaturalismo**, **positivismo jurídico** e **pós-positivismo**.

No primeiro, os princípios são considerados como axiomas jurídicos, fundados em “normas universais de bem obrar”⁴⁹. Esta fase teve fim porque não conseguiu definir claramente os conteúdos dos princípios. A ela sucedeu o positivismo jurídico, que teve Hans Kelsen como seu maior expoente. A característica principal desse período foi a transposição dos princípios ao direito escrito, tendo, todavia, igualmente sucumbido por entender que os princípios não positivados careceriam de normatividade. Por fim, veio o pós-positivismo, onde consagrou-se o entendimento de Robert Alexy de que os princípios, escritos ou não, são espécie do gênero norma. Como já demonstrado, esta última escola parece contar também com o pensamento de Ricardo Guastini, o qual, acatadamente, postula que

todavia, os princípios constituem, no gênero das normas jurídicas, uma espécie particular cujos traços característicos não é fácil individualizar com

⁴⁶ Idem. Ibidem, p. 85.

⁴⁷ Idem. Ibidem, p. 88.

⁴⁸ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. O Princípio Jurídico da Igualdade e o Processo Civil Brasileiro. 1ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 3.

precisão: não é absolutamente claro, em outras palavras, quais propriedades deva ter uma norma para merecer o nome de 'princípio'.⁵⁰

Humberto Ávila parece ter ido mais além, propondo uma definição para esta modalidade de norma ao afirmar que

princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁵¹.

Para o jurista gaúcho,

os princípios não descrevem um objeto em sentido amplo (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), mas, em vez disso, estabelecem um estado ideal de coisas que deve ser promovido⁵²,

ou seja, os princípios vinculam-se, portanto, a uma situação ideal a ser alcançada no futuro.

Quanto às regras, Ávila postula que estas seriam

normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação exigem a avaliação da correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos⁵³.

Portanto, utilizando-se das definições traçadas pelo indigitado autor, parece ser possível concluir que as regras, quando comparadas com os princípios, quanto ao aspecto de temporalidade, estariam voltadas para disciplinar um momento ocorrido no passado enquanto os princípios fixariam situações ideais a serem alcançadas no futuro.

Vale destacar que a *Teoria dos Princípios* de Humberto Ávila lançou luzes importantes ao estudo dos princípios, haja vista ter trazido ao debate, dentre outras, uma característica principiológica importante, qual seja, a *finalidade*.

Desse modo, percebe-se que o princípio, ao mesmo tempo em que serve de fundamento a uma norma estrita, também atua como objetivo a ser atingido pela dita regra, constituindo o início (fundamento), como postula Riccardo Guastini, e o fim (finalidade) de

⁴⁹ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Op. Cit.*, p. 3.

⁵⁰ GUASTINI, Riccardo. *Op. Cit.*, p. 186.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 78.

⁵² ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 83.

⁵³ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 80-81.

uma regra, na visão de Ávila, sobressaindo-se de tal circunstância – ser simultaneamente fundamento e finalidade da norma estrita –, a importância dos princípios no mundo jurídico.

3.2 Adoção do conceito de princípio jurídico de Humberto Ávila

Diante do acervo de idéias colacionadas até agora, já é possível posicionar-se a respeito de um conceito de princípio jurídico a ser empregado neste trabalho. Conforme se verificou até aqui, a mais moderna e sistematizada teoria sobre princípios existente, que buscou apresentar os princípios segundo sua estrutura é a elaborada por Humberto Ávila.

Como já visto, a aludida teoria contrapôs-se, com fundamentos válidos e consistentes, às idéias dominantes de juristas consagrados como Dworkin e de Alexy acerca da temática principiológica, inaugurando, na doutrina pátria, um novo paradigma de estudo dos princípios – o da classificação dos princípios segundo sua estrutura, visando a encontrar um *procedimento racional de fundamentação* que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação– que parece suplantiar os conceitos até aqui desenvolvidos acerca da matéria, dado que tais conceitos possuíam indesejável elevado grau de subjetividade em torno da matéria, dificultando a aplicação sistemática dos princípios pelo operador jurídico.

Assim, o conceito de princípio apresentado por Humberto Ávila – bem como os demais conceitos de sua teoria principiológica – será adotado no presente ensaio com vistas à realização de algumas considerações sobre os princípios processuais que se seguirão adiante.

Dessa forma, vale reprisar o conceito de princípio trazido por Ávila:

princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁵⁴.

Considerando todos os elementos examinados até o momento, já é possível avançar a investigação para o objeto principal deste estudo. A partir de agora, o foco da investigação restringir-se-á aos princípios informadores do processo civil.

4 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CIVIS

José Cretella Neto postula que, *verbis*:

⁵⁴ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 78.

A ciência processual procurou estabelecer os princípios fundamentais que dão forma e caracterizam os sistemas de processo, estabelecendo de que forma esses preceitos são consagrados, seus respectivos corolários, a coadunação de tais regras, em um ordenamento jurídico estatal, com outros princípios jurídicos bem como com as necessidades sociais e políticas do Estado em que vigoram.⁵⁵

Diversos processualistas já se debruçaram sobre a árdua tarefa de identificar os princípios incidentes no direito processual. De se ressaltar que qualquer método de identificação e classificação de objetos de uma pesquisa científica pressupõe a eleição de diretrizes e critérios que possibilitem comparar coisas, apreciando-lhes suas características com vistas à verificação da subsunção da situação concreta à hipótese fixada pelos critérios eleitos pelo observador. Assim, atendidos os requisitos estabelecidos pela fórmula classificatória, o objeto examinado ostentará esta ou aquela categoria classificatória.

Considerando-se a infinidade de diretrizes e critérios que o mundo da vida coloca à disposição do pesquisador, é fácil concluir que as formas de classificar objetos variam na mesma amplitude, o que pode significar problemas sérios na tentativa de sistematização de uma ciência, na medida em que poderão surgir infinitas possibilidades de conceitos, decorrentes de formas classificatórias diversas aplicadas a um mesmo objeto, que designarão uma mesma realidade fática.

Transpondo tal paradigma para a ciência processual civil, observa-se uma infinita gama de rol de princípios, criados a partir de diretrizes e critérios os mais variados possíveis, que de certa forma, são causa de indiscutível tormento ao estudo principiológico de determinada ciência.

Exemplificativamente, traz-se a exame duas listas de princípios processuais. A primeira, alinhavada por José Maria Rosa Tesheiner, que parece ter utilizado-se do critério de que “*os princípios processuais constituem um conjunto de idéias, inter-relacionadas e interdependentes, que expressam a visão que um povo, como comunidade jurídica, tem do processo*”⁵⁶, é composta por onze princípios, todos com assento constitucional, a saber:

- 1) da inafastabilidade do Poder Judiciário;
- 2) do juiz natural;
- 3) da imparcialidade;

⁵⁵ CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 29.

⁵⁶ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral de processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. Obra disponível em www.tex.pro.br.

- 4) da ação;
- 5) do contraditório;
- 6) da publicidade;
- 7) da licitude das provas;
- 8) da persuasão racional;
- 9) do devido processo legal;
- 10) da representação por advogado; e
- 11) do controle hierárquico.

A segunda, elaborada por José Cretella Neto, traz um conjunto dos 35 princípios mais importantes, na visão do autor, classificados segundo o critério da natureza constitucional ou não do princípio. Assim, em resumida síntese, Cretella Neto elencou 07 princípios “constitucionais” e 28 “não-constitucionais”⁵⁷ a saber:

Princípios processuais constitucionais:

- 1) da ampla defesa;
- 2) do contraditório;
- 3) da igualdade das partes perante a lei;
- 4) da imparcialidade do juiz;
- 5) do duplo grau de jurisdição;
- 6) da motivação das decisões judiciais; e
- 7) publicidade do processo e dos atos processuais.

Princípios constitucionais não-constitucionais:

- 1) da ação;
- 2) da adequação;
- 3) da adstrição do juiz ao pedido da parte;
- 4) da alternatividade;
- 5) do aproveitamento dos atos processuais;
- 6) da aquisição processual;
- 7) da causalidade;
- 8) da concentração da causa;
- 9) da disponibilidade processual;
- 10) dispositivo e inquisitivo;
- 11) da economia processual;

⁵⁷ CRETELLA NETO, José. Op. Cit., p. 34.

- 12) da eventualidade;
- 13) da fungibilidade dos recursos;
- 14) da identidade física do juiz;
- 15) do impulso oficial e processo inquisitivo;
- 16) da incomunicabilidade das nulidades processuais;
- 17) da instrumentalidade das formas (ou do processo) e o sistema da legalidade formal;
- 18) da lealdade processual e da boa-fé;
- 19) da livre investigação e da livre apreciação das provas; o convencimento racional do juiz como princípio processual;
- 20) do ônus da prova;
- 21) da oralidade;
- 22) da preclusão;
- 23) da proibição da *reformatio in pejus*;
- 24) da proibição ao reexame de mérito de sentença estrangeira;
- 25) da sucumbência;
- 26) da unirrecorribilidade;
- 27) da verdade real, processo e verdade formal; a proibição da prova ilícita;

É fácil perceber que as listas criadas variaram tanto quantitativamente quanto qualitativamente, muito embora existam alguns pontos de convergência entre elas. Tal constatação serve para corroborar a idéia ventilada, no início deste ensaio, de que a tarefa catalogatória de princípios com fito de elaborar rol exaustivos de princípios, em qualquer seara do Direito, é tarefa impossível. Nesse sentido, também apontou Cretella Neto, ao enfrentar a questão, na seara do processo civil, dizendo que dedicaria “*item individual aos mais importantes*”⁵⁸, dando a entender pela impossibilidade fática de se estabelecer um rol exaustivo de princípios processuais civis.

Assim, surge de modo inafastável a conclusão de que a tarefa de identificar e catalogar princípios, com o escopo de estabelecer um universo *numerus clausus* deles, é empreitada de difícil solução, senão impossível, razão pela qual, apresenta-se mais relevante e produtivo trabalhar na formulação de uma metodologia que sirva para avaliar se uma determinada norma, de interesse do operador jurídico, é ou não um princípio processual.

Nesse escopo, Humberto Ávila destaca a existência de duas vertentes de investigação dos princípios. Uma que prioriza a exaltação dos valores por eles protegidos e que pouco

⁵⁸ CRETELLA NETO, José. Op. Cit., p. 29.

acrescenta na compreensão da matéria e outra que focaliza o exame de sua estrutura, visando a encontrar um

procedimento racional de fundamentação que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais⁵⁹.

E será sob esta última perspectiva que este estudo prosseguirá. Todavia, antes de iniciar a apresentação das diretrizes formuladas por Humberto Ávila para análise dos princípios, importa sugerir, com base no conceito de princípio proposto pelo jurista gaúcho, um conceito para princípio processual:

princípios processuais são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido no processo civil e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

4.1 Diretrizes para a análise dos princípios processuais

Considerando que a definição de princípios abarca a idéia de que são normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização, a investigação dos princípios proposta pela teoria de Humberto Ávila destaca um conjunto de diretrizes para a análise dos princípios a saber:

1. Especificação dos fins ao máximo: quanto menos específico for o fim, menos controlável será sua realização.
2. Pesquisa de casos paradigmáticos que possam iniciar esse processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à sua realização.
3. Exame, nesses casos das similaridades capazes de possibilitar a constituição de grupos de casos que girem em torno da solução de um mesmo problema central.
4. Verificação da existência de critérios capazes de possibilitar a delimitação de quais são os bens jurídicos que compõem o estado

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p.64.

ideal de coisas e de quais são os comportamentos considerados necessários à sua realização.

5. Realização do percurso inverso: descobertos o estado ideal de coisas e os comportamentos necessários à sua promoção, torna-se necessária a verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise.⁶⁰

Com essa metodologia, julga-se possível realizar um estudo principiológico pautado em argumentos científicos, afastando a utilização indevida do conceito de princípio em comandos normativos que, em realidade, seriam normas estritas e vice-versa.

As diretrizes acima transcritas possibilitam ao operador jurídico realizar aprofundada investigação estruturada acerca de um determinado princípio. Os passos estabelecidos por Ávila demonstram que se trata de um longo caminho a ser percorrido, cujo esforço se justifica por uma finalidade precisa:

superar a mera exaltação de valores em favor de uma delimitação progressiva e racionalmente sustentável de comportamentos necessários à realização dos fins postos pela Constituição Federal.⁶¹

5 CONCLUSÕES

É voz corrente no debate acadêmico que o Direito brasileiro carece de um estudo metodológico dos princípios, causando insegurança na sua aplicação no caso concreto. É que o operador ainda desconhece exatamente as características exigidas pela doutrina para denominar determinada norma de princípio.

Tal desconhecimento, por vezes, ocasiona indevida utilização do instituto como *válvula de escape* para justificar arbitrariedades e decisionismos que só fazem diminuir a credibilidade do cidadão no Poder Judiciário.

Transpondo a finalidade propugnada por Humberto Ávila, acima transcrita, para o campo do direito processual civil, pode-se afirmar que a investigação dos princípios processuais existentes atualmente em nosso ordenamento, sob o pálio das cinco diretrizes metodológicas propostas, é um passo importante, senão fundamental, a ser adotado doravante nos estudos dos princípios processuais.

⁶⁰ Idem. Ibidem, p. 91-94.

⁶¹ Idem. Ibidem, p. 94.

É que, hoje, grassa uma confusão acerca do que seja norma estrita (regra) e do que seja efetivamente um princípio processual. Agora, como advento da proposta metodológica desenvolvida por Humberto Ávila, os aplicadores passam a dispor de um conjunto de diretrizes que poderão ser utilizadas na árdua tarefa de sistematizar os princípios processuais civis brasileiros. É o início de uma nova postura principiológica voltada para a identificação de verdadeiros princípios processuais.

Acredita-se que o conjunto de diretrizes metodológicas apresentadas no presente trabalho abrirá novos horizontes na espinhosa tarefa de identificar e aplicar um princípio processual civil. A proposta formulada por Humberto Ávila chega em boa hora. As bases para o exame dos princípios processuais brasileiros estão lançadas. Há uma metodologia instalada. Agora, cabe aos processualistas, pautados pelas diretrizes metodológicas cientificamente desenvolvidas, revisarem os atuais princípios com vistas a estabelecer uma base principiológica afinada com o moderno conceito de princípio, que possa servir de consistente suporte ao novo processo civil, mais racional, célere e justo. Abaixo, seguem as principais conclusões deste trabalho:

- 1) Atualmente, uma das grandes insatisfações da sociedade brasileira repousa na indiscutível insuficiência estatal de prover a justiça a quem a ele recorre em busca de uma solução célere para seus problemas. É que fundado em modelo obsoleto, face às novas demandas sociais, o processo civil brasileiro contemporâneo não tem conseguido responder satisfatoriamente às expectativas de seus usuários;
- 2) Diante desse cenário de obsolescência processual, apresenta-se necessária uma reconstrução dogmática que examine a questão desde sua base axiológica, desde o nascedouro dos conceitos processuais com o fito de adaptar o processo civil à realidade dos novos tempos. E a reformulação conceitual deve atingir todo o sistema processual, sejam normas estritas, sejam princípios.
- 3) Diante da impossibilidade prática de se fixar um rol exaustivo de princípios processuais, frente às infinitas possibilidades de circunstâncias que envolvem uma dada situação processual, apresenta-se necessário desenvolver estudo das principais características de um princípio jurídico, à luz do exame das principais teorias principiológicas da atualidade, na tentativa de oferecer critérios e diretrizes suficientes ao operador jurídico,

envolvido no caso processual concreto, que o auxiliem na identificação e utilização de valores jurídicos que possam ser classificados e manejados acertadamente como *princípios processuais* na criação da melhor solução jurídica para uma determinada situação processual concreta.

- 4) Assumida a premissa pós-positivista, de que os princípios são espécie do gênero norma, tem-se que os princípios passaram a informar efetivamente a aplicação e interpretação do Direito em todas as atividades do mundo jurídico, inclusive na seara processual civil.
- 5) No que toca ao estudo dos princípios jurídicos, existem duas correntes principais de investigação dos princípios jurídicos. A primeira analisa os princípios de modo a exaltar os valores por eles protegidos – qualificando-os como alicerces ou pilares do ordenamento jurídico –, sem, contudo, examinar quais são os comportamentos indispensáveis à efetivação desses valores e quais são os mecanismos metodológicos necessários à fundamentação controlável da sua aplicação. A segunda investiga os princípios de maneira a privilegiar o estudo de sua estrutura, visando a encontrar um *procedimento racional de fundamentação* que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação.
- 6) Segundo a atual concepção de princípios, tem-se que, grosso modo, trata-se de norma que, ao contrário das regras, não estabelece uma conduta a ser seguida pelo destinatário, mas apenas aponta um estado ideal de coisas a ser atingido. Daí afirmar a moderna doutrina principiológica, pelo maior grau de determinação da conduta existente nas regras – quando comparada aos princípios – que a violação de uma regra é mais grave do que a de um princípio.
- 7) Os princípios fundamentais do ordenamento jurídico são os valores ético-políticos que informam um determinado ordenamento jurídico.
- 8) Por carregarem carga axiológica de matiz política, os princípios fundamentais ou gerais devem ostentar estatura constitucional, irradiando-se para todas as demais normas de uma dada ordem jurídica.
- 9) Riccardo Guastini inteligentemente vincula o conceito de norma ao de interpretação. Em outras palavras, significa dizer que de um enunciado (texto de lei) pode-se extrair várias normas (regras), dependendo da

interpretação que se lhe aplique. Esta conclusão possibilita entender satisfatoriamente porque determinados textos de lei antigos podem continuar absolutamente adequados à realidade social apesar do transcurso de várias décadas ou até séculos. É que a interpretação que o operador jurídico aplica àquele texto de lei vai se alterando, amoldando-se aos novos valores trazidos pelos novos tempos, implicando a extração de normas diferentes de um mesmo dispositivo legal.

- 10) Uma norma jurídica em sentido estrito (regra) é um preceito, decorrente de interpretação de um enunciado expresso, que estabelece uma determinada relação intersubjetiva na qual se observa num dos pólos, a atribuição de uma vantagem, no outro, uma obrigação.
- 11) Qualquer norma, sem exceções, para informar um sistema jurídico, necessitará ser legitimada pela devida fundamentação, pois são justamente os fundamentos que dão origem às regras jurídicas.
- 12) Ronald Dworkin apresentou novo elemento diferenciador entre princípios e normas estritas: a ponderação específica (*dimension of weight*), fenômeno pelo qual eventual conflito entre princípios não gera exclusão de nenhum deles da ordem jurídica, dada à possibilidade de aplicação ponderada, por parte do operador jurídico, em termos de incidência em maior ou menor grau de um determinado princípio em detrimento ou em favor de outro(s) no caso concreto.
- 13) Humberto Ávila afirma que o fenômeno de ponderação de peso não é exclusividade do plano dos princípios, aplicando-se igualmente nos casos de conflitos entre normas estritas (regras), aludindo, entre outras razões para sua assertiva, o fato de que o que diferenciaria as ponderações de razões ocorridas nos conflitos de regras e das dos conflitos de princípios seria a amplitude do espaço de apreciação do aplicador.
- 14) Na lição de Bobbio, entre princípios inexiste antinomia em sentido próprio: em caso de conflito entre dois ou mais princípios, *nenhum* deles é *excluído* do ordenamento jurídico, operando-se uma conjugação dos valores contidos. Quando isso não for possível, deve ser feita uma opção sobre qual deverá ser o princípio aplicável no caso concreto; nesses casos, a fundamentação é de ordem predominantemente *política* e *social*, em detrimento da jurídica.

- 15) Para Humberto Ávila, as regras não são aplicadas segundo o processo de *tudo ou nada*, mas sofreriam também um processo de ponderação (interna e externa) na sua aplicação, de sorte que o processo de ponderação não seria válido para diferenciar normas estritas e princípios, superando a tese desenvolvida por Dworkin.
- 16) Há consenso doutrinário, tanto no plano jurídico nacional quanto no estrangeiro, no sentido da inexistência de diferença quanto à natureza jurídica das normas e princípios, tratando-se, em verdade, de mera questão de gênero (norma) e espécie (princípio).
- 17) Robert Alexy entende que os princípios são *comandos de otimização* (*Optimierungsgebote*) incidentes ao caso concreto, cuja medida de aplicação atenderá às possibilidades fáticas e jurídicas envolvidas. Contestando a integral validade desse entendimento, Humberto Ávila afirma que nem sempre é assim, demonstrando que na hipótese que “*versa sobre a possibilidade de que a realização do fim instituído por um princípio exclua a realização do fim estipulado pelo outro*” como, por exemplo, em situação em que se contraponham o princípio da liberdade de informação e o princípio da proteção da esfera privada, a colisão de princípios somente será solucionada com a rejeição de um deles, tal qual acontece no caso de colisão entre normas estritas.
- 18) Humberto Ávila afirma que, no caso de conflito entre princípio e norma de mesmo nível hierárquico, deve prevalecer a norma.
- 19) Humberto Ávila define princípios como normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.
- 20) A teoria dos princípios de Humberto Ávila lançou luzes importantes ao estudo dos princípios, haja vista ter trazido ao debate, dentre outras, uma característica principiológica importante, qual seja, a *finalidade*.
- 21) Percebe-se que o princípio, ao mesmo tempo em que serve de fundamento a uma norma estrita, também atua como objetivo a ser atingido pela dita regra, constituindo o início (fundamento), como postula Riccardo Guastini, e o fim (finalidade) de uma regra, na visão de Ávila, sobressaindo-se de tal

circunstância – ser simultaneamente fundamento e finalidade da norma estrita –, a importância dos princípios no mundo jurídico.

A teoria dos princípios de Humberto Ávila contrapôs-se, com fundamentos válidos e consistentes, às idéias dominantes de juristas consagrados como Dworkin e de Alexy acerca da temática principiológica, inaugurando, na doutrina pátria, um novo paradigma de estudo dos princípios – o da classificação dos princípios segundo sua estrutura, visando a encontrar um *procedimento racional de fundamentação* que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação– que parece suplantiar os conceitos até aqui desenvolvidos acerca da matéria, dado que tais conceitos possuíam indesejável elevado grau de subjetividade em torno da matéria, dificultando a aplicação sistemática dos princípios pelo operador jurídico.

- 22) A tarefa de identificar e catalogar princípios, com o escopo de estabelecer um universo *numerus clausus* deles, é empreitada de difícilíssima solução, senão impossível, razão pela qual, apresenta-se mais relevante e produtivo trabalhar na formulação de uma metodologia que sirva para avaliar se uma determinada norma, de interesse do operador jurídico, é ou não um princípio processual.
- 23) Constituem diretrizes para análise dos princípios jurídicos: **1.** Especificação dos fins ao máximo: quanto menos específico for o fim, menos controlável será sua realização; **2.** Pesquisa de casos paradigmáticos que possam iniciar esse processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à sua realização; **3.** Exame, nesses casos das similaridades capazes de possibilitar a constituição de grupos de casos que girem em torno da solução de um mesmo problema central; **4.** Verificação da existência de critérios capazes de possibilitar a delimitação de quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e de quais são os comportamentos considerados necessários à sua realização; e **5.** Realização do percurso inverso: descobertos o estado ideal de coisas e os comportamentos necessários à sua promoção, torna-se necessária a verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O Princípio Jurídico da Igualdade e o Processo Civil Brasileiro*. 1ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: ed. Polis, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 21 ed.. São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, 1967.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Ed. rev. e aumentada. 16ª impressão, 1986.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4.ed. rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. Apresentação: Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Distinguiendo – estudos de teoria y metateoria del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltran. 1.ed..Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo – fundamentos de la ética jurídica* (do original alemão *Richtiges Recht*, Munique: Beck'sche Verlag, 1979), trad. Por Luiz Diéz-Picazo, Madrid: Civitas, 1985.

SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei n.º 9.784/99)*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. V. 27, n. 57 supl., Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2003.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral de processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.