

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 152

outubro/dezembro – 2001

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# Princípios gerais de direito

Carlos Fernando Mathias de Souza

## Sumário

1. Introdução (o conceito de princípios gerais de direito e sua importância no suprimento das chamadas lacunas da lei). 2. O Direito do Trabalho e os princípios gerais de direito. 3. O Direito Tributário e os princípios gerais de direito. 4. O direito instrumental penal e os princípios gerais de direito. 5. O Direito Internacional e os princípios gerais de direito.

## 1. Introdução

Importância especial têm os *princípios gerais do direito* no suprimento das chamadas lacunas (se é que as há) de direito.

Ferrara, por exemplo, rechaçava a idéia de lacunas de direito, posto que, a seu sentir, não há lacunas e sim defeitos da lei “apreciáveis segundo critérios extrínsecos de justiça ou de oportunidade”.

De outra parte, tenha-se que, devido ao simples fato do caráter abstrato da norma, a existência de lacunas (em face de situações concretas) é algo implícito.

Todavia, se se trata de ausência irresgatável da norma, já não se pode falar em lacuna até porque (consigne-se o óbvio) não há como supri-la ou como remediá-la.

A Lei de Introdução ao Código Civil é expressa: “Quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*” (art. 4º).

O código da lei adjetiva civil, na mesma linha, prescreve: “O juiz não se exime de

Carlos Fernando Mathias de Souza é professor titular da Universidade de Brasília e Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e os *princípios gerais de direito*” (art. 126 do CPC).

A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez (e de modo mais amplo) dispõe:

“As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros *princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho*, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público” (art. 8º da CLT).

O Código Tributário Nacional (art. 108) prescreve: “Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada: I) a analogia; II) os *princípios gerais de direito tributário*; III) os *princípios gerais de direito público* (e) IV) a equidade”.

No direito instrumental penal, tem-se: “a lei processual penal admitirá a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos *princípios gerais do direito*” (art. 3º do Código de Processo Penal).

Em sistemas jurídicos estrangeiros, encontram-se disposições similares às do ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo: O Código Civil argentino (art. 16): “Se não puder resolver uma questão civil nem pelas palavras, nem pelo espírito da lei, atender-se-á aos princípios das leis análogas e se a questão permanecer duvidosa, aos *princípios gerais de direito*, tendo-se em conta a circunstância do caso”; o Código Civil mexicano (art. 19): “As controvérsias judiciais de ordem civil devem resolver-se de conformidade com a letra da lei ou segundo sua interpretação jurídica. Na falta

de lei, resolver-se-ão segundo os *princípios gerais de direito*”.

O Código Civil italiano, de sua parte, estatui que “(...) se uma controvérsia não pode ser decidida segundo uma disposição (legal, naturalmente), ter-se-ão em conta as disposições que regulam os casos semelhantes ou as matérias análogas; persistindo a dúvida, decidir-se-á segundo os *princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado*”.

Curioso notar que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (art. 38) manda que o tribunal observe os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas, não como fonte supletiva de direito, mas como fonte primária; veja-se:

“A Corte cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os *princípios gerais de direito*, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59 (isto é, a decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão), as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”.

Parece oportuno transcrever-se o contido na parte 2 do art. 38 em destaque: “A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem”. Em outras palavras, julgamento por equidade.

Cumprir perquirir sobre quais são esses princípios gerais.

Para Clovis Bevilacqua (1955), “trata-se de indicar, como fontes supletivas do direito positivo, as regras mais gerais que constituem o fundamento mesmo da ciência e da

arte do direito: não somente os princípios que dominam o direito nacional, como ainda o conjunto dos preceitos que servem de expressão ao fenômeno jurídico”.

Com efeito a expressão é vaga.

Para Dabin (apud LIMA, 1955), refere-se “a certo número indeterminado de soluções havidas como fundamentais, em que se resume e se explica o direito de um país ou de uma época ou, especificamente, nosso direito ocidental de inspiração romana. Mas esses princípios gerais de direito, por isso que são vagos não podem servir de base à elaboração jurídica. Ocorre ainda que, entre os princípios gerais de direito, se encontrem, ao lado de princípios caracteristicamente jurídicos, princípios construídos pela doutrina ou simples máximas de equidade, de bom-senso, de ordem social, que carecem de definição e regulamentação”.

A propósito, Vicente Rao (1999), após tecer considerações sobre os processos lógicos (indutivo e dedutivo) para chegar-se aos princípios em exame, arrola (em síntese) cinco posições, que o autor registra sob o título “ensaios de qualificação dos princípios gerais de direito”, a saber:

“a) os princípios gerais de direito correspondem aos do direito natural (Brunetti, Del Vecchio e outros); b) são princípios que se equiparam aos ditados pela equidade (Borsari, Giorgi etc.); c) são os que decorrem da natureza das coisas (Geny, Espínola etc.); d) são os de caráter universal, ditados pela ciência e pela filosofia do direito (Bianchi, Pacchioni, Beviláqua etc.) e e) são, para cada povo, os resultantes de seu sistema jurídico (exs.: o art. 12 do Código Civil italiano; Fadda e Bensa, nota ao § 23, v. I, das Pandectas de Windscheid etc.)”.

Aponta, ademais, o autor em destaque um esquema de solução do problema, pela investigação sucessiva, qual seja: primeiramente, deve-se partir dos princípios, que

inspiram o sistema jurídico positivo do qual as disposições particulares fazem parte. Se não resolvido, deve-se ir aos princípios ditados pela ciência do direito, e, persistindo o impasse (em termos de solução obviamente), deve-se buscar, então, os princípios ensinados pela filosofia do direito.

Síntese feliz, para o conceito de princípios gerais do direito, oferece Coviello para quem neles é que se assenta a legislação positiva e que, ainda que não escritas em lugar algum, constituem (ou formam) o pressuposto lógico do próprio ordenamento.

## 2. O Direito do Trabalho e os princípios gerais de direito

Como já assinalado, a Consolidação das Leis do Trabalho dispõe de modo bem mais amplo do que a Lei de Introdução ao Código Civil e o Código Tributário Nacional, por exemplo, sobre as modalidades do chamado preenchimento de lacunas da lei.

Por outro lado, de passagem, registre-se que o texto fundamental da legislação obreira no ordenamento jurídico brasileiro, ao empregar a expressão *outros princípios e normas gerais do direito* (principalmente do direito do trabalho), assim considerou também (isto é, como princípios ou normas gerais do direito) a analogia e a equidade; tem-se que cumpre indagar sobre quais são, efetivamente esses princípios.

Mestre Evaristo de Moraes Filho, em seu *Tratado elementar de direito do trabalho*, fazendo coro com os que consideram vaga a expressão princípios gerais de direito, fazendo referência, entre outros, (dir-se-ia quase obrigatória) a Del Vecchio, consigna: “Tão vago quanto a equidade é o conceito dos princípios gerais do direito. Por exemplo, para Del Vecchio, esses princípios decorrem do direito natural, da razão humana, podendo ser incluídos na noção de equidade”. Em verdade, para o jurista brasileiro em destaque, “devem ser admitidos como princípios gerais do direito os que decorrem, por abstração, do próprio ordenamento jurídico”.

Para o notável professor da Faculdade Nacional de Direito, ademais, e muito particularmente, quanto aos princípios do direito do trabalho, podem ser eles, sumariamente, resumidos em poucos pontos fundamentais: irrenunciabilidade dos benefícios, princípio do rendimento, princípio da conciliação (paz social) e o princípio “*pro operario*”.

De passagem, assinala-se que o professor Evaristo de Moraes Filho não considerava os princípios gerais como fontes de direito.

A propósito do referido princípio *pro operario*, observe-se que, por vezes, aparece sob a fórmula *pro misero*. Carlos Alberto Reis de Paula, em recentíssimo trabalho (*A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*), assinala que a) no referente à regra do *in dubio pro operario*, tem-se critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador; b) já quanto à regra da norma mais favorável, determina-se que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas, e c) por último, a regra da condição mais benéfica, que se configura pelo fato de que a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir condições mais favoráveis em que já se encontrava um trabalhador.

Voltando-se aos princípios gerais de direito em face do direito do trabalho, registre-se que Amauri Mascaro Nascimento (1973), após enfrentar a noção desses princípios, tanto da óptica do *jusnaturalismo* quanto do *positivismo*, suscita a questão da natureza deles, no que adere à posição de José Antônio Ramos Pascua (exposta em artigo sob o título *El fundamento del vigor de los principios. Dworkin frente a Esser*”), que transcreve, em parte:

“Em suma os princípios jurídicos, ainda que plasmados nas normas, têm raiz (e seu desenvolvimento) no âmbito das valorações ético-políticas, quer dizer, são partículas do ambien-

te moral de cada sociedade. Por essa razão, quando o operador jurídico faz uso dos mesmos, o Direito se “auto-integra” e se hetero-integra ao mesmo tempo. Auto-integra-se porque aplica elementos implícitos no Direito positivo e se hetero-integra porque a aplicação de tais elementos presentes em germe no Direito não seria sem indagar-se seu autêntico sentido, coisa que exige reconstruir o conjunto do qual fazem parte: o conjunto de valorações ético-políticas importantes na sociedade de que se trata”.

Ademais, Amauri Mascaro Nascimento cuida da função dos princípios na lei trabalhista divisando, de um lado, a função integrativa, isto é, quando eles completam o ordenamento jurídico em face do que se convencionou designar lacunas da lei, e, de outro, a função diretiva, como unificadora dos princípios gerais do direito e do direito do trabalho, além de identificar os princípios gerais aplicáveis ao direito obreiro; e, nesse ponto, identificando os princípios que têm força de fonte do direito do trabalho (respeito à dignidade humana e função social do direito, por exemplo), e outros que denomina técnicos (como o de que a ninguém é lícito alegar a ignorância do direito), além de princípios de outros ramos do direito (como o da força obrigatória dos contratos, o da autonomia da vontade e o do direito adquirido).

Destaca, além disso, o autor os princípios constitucionais do Direito do Trabalho, dividindo-os com relação àqueles que dizem dos direitos e garantias fundamentais, ou gerais (expressos nos incisos do art. 5º da Lei Fundamental), e os princípios constitucionais específicos (expressos nos arts. 7º, 8º, 9º e 11 da Lei Maior).

Finalmente, cuida o autor em comentário do princípio da norma mais favorável aos trabalhadores (aliás, já referido em outro passo destas linhas), e de outros princípios, entre os quais o da condição mais benéfica, o da irrenunciabilidade de direitos e o da

presumibilidade (ou das presunções) em favor dos trabalhadores.

Mestre Mozart Victor Russomano, por sua vez, em *Comentários à CLT*, ao tratar dos princípios do direito, observa:

“Identificando-se essa expressão com o conceito de direito fundamental, anterior e superior às legislações nacionais, permanente ante as leis transitórias, é aceitável a inclusão dos chamados princípios gerais de direito entre as fontes formais secundárias. No Direito do Trabalho, o juiz ou a autoridade administrativa deverá primeiramente, recorrer aos princípios gerais do Direito do Trabalho, tomada a expressão, agora, como representando os princípios dominantes na legislação trabalhista do país. E, se não forem eles suficientes para solução do impasse, então recorrerá aos princípios gerais do Direito, isto é, ao *direito fundamental*.”

O tema, como se sabe, foi abordado naturalmente, por Américo Plá Rodriguez, o festejado juslaboratista uruguaio, em clássica monografia (*Los principios de derecho del trabajo*), na qual define o autor os princípios como “linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções que podem servir para promover uma série de soluções, que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver casos não previstos”.

Por ilustrativo, recorde-se que, na doutrina cabocla, tem-se conceituação em sentido símile, como a expressa pelo extraordinário Arnaldo Sussekind (1995). Veja-se: “princípios são enunciados genéricos, explicitados ou deduzidos do ordenamento jurídico pertinente, destinados a iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos respectivos sistemas, como o intérprete, ao aplicar as normas ou sanar omissões”.

Por total pertinência com o assunto, assinala-se um princípio haurido na doutri-

na, que se erigiu em princípio geral do direito trabalho (e, dir-se-ia, em quase um dogma).

A referência é ao princípio da primazia da realidade.

Na linguagem corrente, diz-se (quase como um lugar comum) que o contrato de trabalho é um contrato-realidade.

Com efeito, deve-se a Plá Rodriguez (op. cit.) a formulação desse princípio que, em apertada síntese e com as palavras do próprio jurista, pode ser assim expresso: “o princípio da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”.

Em outras palavras, no contrato de trabalho (ao contrário, por exemplo, do que ocorre nos contratos regidos pelo direito civil), em havendo discrepância entre suas cláusulas (ou o seu conteúdo) e aquilo que, de fato, estiver fazendo o trabalhador, deve prevalecer, por princípio geral, o que, efetivamente, se realizar na prática.

### 3. O Direito Tributário e os princípios gerais de direito

O Código Tributário Nacional, repita-se, prescreve que “na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I) a analogia; II) os princípios gerais de direito tributário; III) os princípios gerais de direito público; e, IV) a equidade” (art. 108).

De outra parte, estabelece ainda (art. 109) que “os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”.

De plano, impõe-se observar que, sem embargo da expressão *sucessivamente*, essa ordem não é, *ex rigoris juris*, de ser respeitada, como um cânone, até porque tanto os princípios gerais de direito tributário quanto os de direito público estão (os mais im-

portantes, pelo menos) consagrados no próprio texto constitucional.

Sob outra óptica, não deve ser esquecida lição de Carvalho Pinto, ao apontar desvantagens gerais do sistema de definição legal de regras hermenêuticas que se agravam no setor tributário, resultando ser desaconselhável a decretação de normas obrigatórias de interpretação no direito tributário. Em outras palavras, não deve haver quaisquer regras de interpretação no corpo de princípios.

Como mais do que sabido, os princípios gerais do direito tributário (mais assinalados) colhem-se na Constituição. São eles, entre outros: 1) o da capacidade contributiva (“sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” – art. 145, §1º); 2) o da legalidade (“sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça” – art. 150, I); 3) o da isonomia (é defeso “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função para eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos – art. 150, II); 4) o da anterioridade (é vedado cobrar tributos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” – art. 150, III, b); 5) o da proibição de tributo com efeito de confisco (art. 150); 6) o da proibição de barreiras tributárias (“é vedado estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais”, naturalmente ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de

vias conservadas pelo poder público – art. 150, V); 7) o das imunidades tributárias (é defeso “instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços como dos outros (isto é, União, Estados, Distrito Federal e Municípios), b) templos de qualquer culto, c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos (inclusive suas fundações); das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei” – art. 150, VI); 8) o das competências privativas (impostos da União – arts. 153 e 154), impostos dos Estados e do Distrito Federal (art. 155) e impostos dos Municípios (art. 156).

Ruy Barbosa Nogueira, apoiado em Giorgio Del Vecchio, observa que

“a harmonia das diversas partes componentes do sistema deve ser experimentada e confirmada a cada instante, aproximando-se as regras particulares entre si e relacionando-as com *princípios gerais* a que se prendem. Só assim poderá o jurista compreender o espírito do sistema e observá-lo em suas aplicações particulares, evitando erros que se produziriam se ele se contentasse em considerar, por um modo geral, apenas esta ou aquela regra em si mesma” (1974).

Em verdade, os *princípios gerais do direito tributário* são, a rigor, regras expressas de filiação constitucional. De igual sorte os *princípios gerais de direito público*. Assim, não há falar-se em sua aplicação de forma supletiva, é dizer-se como uso subsidiário do princípio, para preenchimento de eventual lacuna.

Ao contrário, tais princípios integram-se em um sistema, ou melhor constituem o próprio pilar do sistema. Não é subsídio, é, em verdade, a orientação normativa superior.

Oportuna a lição de Luciano Amaro (1977):

“não nos parece razoável a *hierarquização de princípios* (de direito tributário e de direito público), sendo de resto questionável a *setorização* de princí-

prios que o artigo (108 do CTN, naturalmente) consagra – O princípio da *igualdade*, por exemplo, posto como axioma basilar do direito tributário, não seria antes disso (caso se tivesse de setorizar os princípios) um postulado do *direito público*? Ou de direito constitucional? Ou melhor, de *direito tout court*? Há princípios (como esse da igualdade) que têm uma abrangência universal, o que inabilita sua apropriação por este ou aquele ‘ramo’ do direito. É também o caso do *princípio da boa-fé*, que permeia todo o direito, tanto o público quanto o privado”.

Meste Aliomar Baleeiro, em seu *Direito tributário brasileiro*, por sua vez, assinala que os princípios gerais de direito tributário constituem a primeira base do método sistemático “pela qual os pontos silentes, obscuros ou contraditórios duma lei ou imposto (talvez do tributo) se completam, esclarecem-se ou se corrigem pelas leis de outros tributos ou pelas regras básicas do CTN”. E, prossegue o notável jurista (é desnecessário o registro (por óbvio) de que estava observando a matéria sob a égide da Carta anterior à de 1988) no sentido de que, “com referência aos princípios gerais de direito público (embora o direito tributário seja autônomo), não pode ele ser considerado como *compartimento estanque*”. E, assim, “inúmeras vezes invocam-se princípios do direito público constitucional, administrativo, penal etc., para os casos novos, imprevisos ou excepcionais. No entanto seu uso ou emprego deve ser prudente”.

Com efeito, do prisma doutrinário, tem-se admitido que os princípios de direito tributário e os de direito público aceitam, pelo menos, quatro desdobramentos, a saber: I – os princípios gerais de direito (isto é, obviamente, os mais gerais) ligam-se à natureza das coisas e, *ipso facto*, ajudam a atividade de hermenêutica; II – segundo o método de heterointegração da norma (a *eterointegrazione* da doutrina italiana) os princípios gerais de direito natural são admitidos e, por conse-

qüência, a *autointegração (autointegrazione)* faz-se por meio dos princípios do direito natural, do que pode resultar a integração da normatividade em si; III – em face da própria *força da expansão indefinida* dos princípios, não há falar-se em lacunas da lei ou do direito, e IV – nas hipóteses ensejadoras de dúvidas invocam-se, facultativamente (e sem ordem de preferência ou precedência), os princípios de direito público ou de direito tributário.

Finalmente, registrem-se duas palavras sobre a aplicação dos princípios gerais de direito privado, no direito tributário.

A propósito, observa o já invocado Luciano Amaro (1977):

“Ao dizer que os princípios do direito privado se aplicam para a pesquisa da definição de institutos desse ramo do direito, o dispositivo, obviamente, não está querendo disciplinar a interpretação, no campo do direito privado, dos institutos desse direito. Isso não é matéria cuja regulação incumba ao direito tributário. Assim, o que o Código Tributário Nacional pretende dizer é que os institutos de direito privado devem ter sua definição, seu conteúdo e seu alcance pesquisados com o instrumental técnico fornecido pelo direito privado, não para efeitos privados (o que seria óbvio e não precisaria, nem caberia, ser dito num código tributário), mas sim para efeitos tributários.”

#### 4. O direito instrumental penal e os princípios gerais de direito

O Código de Processo Penal (art. 3º), assinala-se, ainda uma vez mais, é expresso: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o *suplemento dos princípios gerais de direito*”.

Há, todavia, dificuldades a serem enfrentadas, adiantando-se que não é o bastante dizer-se que uma norma será de direito processual tão-só por estar ela inserida no código de processo penal, ou de direito material por agasalhar-se no código penal.

Mestre Francisco de Assis Toledo, em suas lições perenes, após identificar dificuldades no respeitante a normas de processo e de execução, assinala que

“a dificuldade maior consistirá em separar-se o que há de direito material no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal e o que há de direito processual no Código Penal, para, após tal separação, aplicarem-se às normas de direito material os princípios de direito penal intertemporal (...) e às normas de direito processual os princípios que lhes são próprios” (1991).

Naturalmente, são os princípios que informam o ordenamento jurídico brasileiro, o que não exclui a invocação aos de direito universal (e aqui não é necessário o abono da doutrina – Clovis Bevilacqua, por exemplo), posto que o suficiente ter-se em mente o que dispõe a Lei Fundamental (art. 5º, § 2º): “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Por ilustrativo (e significativo), lembrem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica.

Na realidade, na aplicação da lei (que jamais dispensa a interpretação, como bem sabido), têm-se situações em que preciso é buscar-se suprimento nos princípios gerais de direito para colmatar o que, por vezes, se designa (não sem críticas) lacunas da lei.

Recordando-se as lições dos antigos romanos, tem-se que muita vez o legislador diz mais do que queria dizer, ou, por outro lado, diz menos do que tinha em mente (*plus voluit quam dixit; minus voluit quam dixit*) e assim pode revelar-se hipótese em que a invocação dos princípios gerais de direito torne-se imperativa.

Fernando da Costa Tourinho Filho, em sua obra *Código de processo penal comentado*, após observar que

“parte da doutrina entende que a analogia é método de integração, enquan-

to os princípios gerais de direito são fontes de inspiração, e, por isso, Alcalá-Zamora fala em auto-integração (de passagem, recorde-se da *autointegrazione* e da *eterointegrazione* de que fala a doutrina italiana), quando se colmata uma norma com outra norma de Processo Penal, em hetero-integração, se o preenchimento se dá com norma de outro diploma”,

assinala que,

“quanto aos princípios gerais de direito, sugestiva parte da doutrina procura identificá-los com os aforismos, os brocardos jurídicos, que nada mais representam senão a condensação de soluções e de noções tradicionais do nosso ordenamento jurídico. Os brocardos *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex-officio, res judicata pro veritate habetur, nulla poena sine iudice* (em português, respectivamente, ‘nenhum juiz sem autor’, ‘não proceda o juiz de ofício’, ‘a coisa julgada, tem-se por verdade’ e ‘nenhuma pena sem juiz’ e acrescente-se, que a última fórmula citada, por vezes, apresenta-se como “*nulla poena sine iudicio*”, isto é, nenhuma pena sem juízo), ao lado das regras que inspiram o Processo Penal, como ampla defesa, contraditório, indisponibilidade da ação penal pública, oficialidade da ação penal pública, tudo são princípios gerais de direito, em matéria processual penal”.

Parece mais do que oportuno registrar-se que José Frederico Marques, no seu *Tratado de direito processual penal*, cuidando dos princípios gerais (e, naturalmente, com ênfase no direito instrumental ou adjetivo penal), assinalou que

“a ciência processual moderna vem estabelecendo, mediante útil e laboriosa generalização, os princípios que dão forma e caracterizam os sistemas de processo.

Trata-se de operação de *síntese crítica*, consistente em focalizar os pre-

ceitos onde esses princípios se encontram acolhidos, os seus respectivos corolários, bem como a harmonização de seu conteúdo, na ordem jurídica em vigor dentro de determinado Estado, com outros princípios jurídicos e com os imperativos do bem comum”.

E, prossegue o grande jurista, “o estudo de alguns desses princípios situa-se no limiar da Dogmática Processual, nos lindes desta com as regiões onde estão colocados os cânones éticos e políticos com base nos quais se formulam juízos de valor sobre as normas do direito objetivo”.

Sintetizando, ressalta J. Frederico Marques que, no Direito Processual Penal, os princípios gerais agrupam-se em três grandes categorias, a saber: 1) os relativos à estrutura em conjunto da justiça penal, 2) os que dizem dos procedimentos preliminares, e 3) aqueles que se relacionam com o processo penal propriamente dito e que, por sua vez, subdividem-se em princípios concernentes à jurisdição, ao processo e ao procedimento.

Por último, enfatize-se que esses princípios gerais de direito a que se refere o art. 3º da lei básica do chamado direito judiciário penal são aqueles que, em processo de hetero-integração, servem de suplemento para a boa aplicação desse direito instrumental específico. Assim, não se referem propriamente aos princípios gerais de direito processual penal que, didaticamente, são apresentados como os princípios estritamente processuais ou instrumentais e aqueles outros designados princípios constitucionais, obviamente, por se colherem na Lei Maior.

Entre os princípios que se designam processuais estão o da oralidade, o da publicidade, o da certeza, o da oficialidade (de oficiosidade e de autoridade), o da indisponibilidade, o da iniciativa das partes e o dos limites da lide.

Já entre os princípios constitucionais, encontram-se o da legalidade, o do contraditório (ampla defesa, cientificação e produção de provas) e o importantíssimo prin-

cípio do juízo natural (e o superlativo aqui se evidencia pela ênfase que a ele têm dado, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de Costa Rica e outros tratados e convenções internacionais).

Tampouco expressam eles os designados princípios gerais, básicos ou fundamentais do próprio direito material, que a doutrina, esquematicamente, por vezes, divide em princípio da legalidade ou da reserva legal, em princípios de direito intertemporal e em princípios de direito penal internacional.

O primeiro enunciado, grande conquista a partir de Beccaria, tem, mais modernamente, filiação constitucional. Expressa-se pela fórmula clássica do “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, a que se acrescentou que deve ser a lei (além de prévia) escrita, estrita e certa.

Dos princípios do direito intertemporal recordem-se os referentes à *lex gravior* (quando a lei posterior é mais severa que a anterior), é aí cabe falar-se em irretroatividade absoluta; à *abolitio criminis* (em que a lei posterior aboliu o crime, tornando o fato impunível), e à *lex mitior* (hipótese em que a lei posterior é mais benigna, quanto à pena ou medida de segurança).

Questão em aberto, ainda, na doutrina, como se sabe, é a da *lex tertia*, isto é, aquela lei posterior que contém, a um só tempo, tanto preceitos mais severos quanto mais benignos, com relação a diploma legal anterior.

Diante desse *hibridismo* resultam posições que admitem ao juiz aplicar parte da lei anterior e parte da lei posterior, nos pontos benignos (Basileu Garcia, Frederico Marques e Celso Delmanto, por exemplo), e outros que, obviamente, não o admitem (Nelson Hungria, cite-se, por tão expressivo).

Já quanto aos denominados princípios de direito penal internacional, têm-se, entre outros, o da territorialidade, o da personalidade (ou da nacionalidade), o da defesa (ou real) e o da justiça universal (ou da universalidade).

## 5. O Direito Internacional e os princípios gerais de direito

De plano, esclareça-se que a expressão direito internacional, que se está considerando, é no sentido clássico. Isto é, aquele direito internacional que, de um modo mais geral, costuma-se dividir em direito internacional público e direito internacional privado, cuidando (em apertada síntese) um das relações dos Estados entre si e o outro das relações entre particulares na escala internacional (ou da aplicação da lei no espaço).

A ressalva parece importante, posto que hoje se tem a realidade tanto de um direito de integração (que se rege pelas regras básicas do direito internacional tradicional), quanto a do direito comunitário (que só pode ser tido como internacional, na medida em que afeta diversos Estados), com regência por regras e normas próprias, além de falar-se também em um direito transnacional (Jessup).

A verdade, contudo, é que também esses direitos, tanto de integração quanto comunitário, ou (ainda) transnacional, não dispensam (ou melhor, não podem dispensar) os princípios gerais de direito na sua própria realização.

Com esses registros, recorde-se que os princípios gerais de direito são, efetivamente, fontes de direito internacional e não só uma via de suprimento (ou suplemento) para colmatar espaço vazio no campo normativo, equivale dizer para preencher as chamadas lacunas de direito (melhor dir-se-ia da lei).

De modo significativo, como já observado, dispõe o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (também conhecida como a Corte Internacional de Haia), em seu art. 38 – 1, c: “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas”.

Observe-se, com apoio em J.F. Rezek (1998), com referência a *princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas*, que

“há alguma evidência de que os redatores do texto, em 1920, pensavam indicar com essa expressão os princípios gerais *aceitos por todas as nações* ‘in foro domestico’, *tais como certos princípios de processo, o princípio da boa-fé, e o princípio das ‘res judicata’* – na conformidade do depoimento de Phillimore.

Quanto aos princípios gerais propriamente ditos, têm-se os de domínio comum às ordens jurídicas internas (de cada Estado, evidentemente) e ao direito internacional, é dizer-se aqueles que são do direito das gentes, mais particularmente.

Dos primeiros, por meros exemplos, destacam-se o do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), o da *lex posterior derogat priori* (a lei posterior derroga a anterior), *nemo plus transferre potest quam ipse habet* (ninguém pode transmitir mais direito do que tem), que, por vezes, aparece também sob a forma *nemo plus juris ad alium potest, quam ipse haberet*, que é praticamente a mesma coisa; isto é, ninguém pode transmitir a outrem mais direito do que ele tivesse. Aliás, essa é a fórmula empregada por Ulpiano (Livro 54 do Digesto. *De regulis iuris* – Das regras do direito).

Entre os princípios gerais de direito internacional, merecem citação o do *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (os tratados não beneficiam terceiros, vale dizer, os que dele não participam), o da não agressão, o da solução pacífica dos litígios entre Estados, o da autodeterminação dos povos, o da coexistência pacífica, o do desarmamento, o da proibição da propaganda de guerra, o do dever de prestação de socorro e assistência aos feridos, enfermos e naufragos, sem distinção de nacionalidade, pelos navios-hospitais ou hospitalares.

Muitos desses princípios têm sido positivados em diferentes ordenamentos e sistemas jurídicos, constando inclusive da Constituição de diversos Estados.

A propósito, o professor Afonso Arinos de Mello Franco (1958) divisa a realidade contemporânea, do que designa internacionalização do direito constitucional, de um

lado, e, de outro, a constitucionalização do direito internacional.

A rigor, desde o que a História do Direito conhece por constitucionalismo (séculos XVIII e XIX) já se podia observar esse fenômeno da internacionalização, só que por outras motivações.

Nos Estados Unidos e na França, para citarem-se dois significativos exemplos, foram razões de ordem interna (os Estados Unidos, interessados na paz com a Inglaterra, e a França, envolvida em uma espécie de guerra européia) que os levaram a trazer, para seus sistemas constitucionais, normas do *Direito das gentes*.

Posteriormente, o que se verifica é o contrário, posto que não se trata mais – como problema maior – de consolidar a ordem jurídica interna dos Estados e sim colaborar e participar da organização jurídica interna dos Estados; e sim, efetivamente, colaborar e participar da organização jurídica internacional, objetivando, natural e principalmente, uma estrutura estável.

Foi dentro dessa ótica que mestre Afonso Arinos sintetizou que, na primeira fase (séculos XVIII e XIX), a tendência era trazer para o Direito Internacional princípios e normas do Direito Constitucional; já no mundo do século XX, teve-se a criação de órgãos permanentes, que (muito embora não sendo superestados) imitam na estrutura e no funcionamento as constituições estatais, gerando a constitucionalização do Direito Internacional. Fala-se, hoje, mesmo até em um Direito Constitucional Internacional (Mirkin-Guetzévitch tem até, lembre-se por mera ilustração, um trabalho com o título *Droit Constitutionnel International*).

A Constituição brasileira, em seu art. 4º com seu parágrafo único, consagra dez princípios de regência das relações internacionais da República Federativa do Brasil.

Em outras palavras, a Carta de 1988, ao cuidar dessas relações, incluiu-as no Título I, o que trata precisamente dos Princípios Fundamentais, pelos quais se deve reger o país.

José Afonso da Silva, em seu *Curso de direito constitucional positivo*, assinala que o notável constitucionalista português Jorge Miranda ressalta “a *função condenadora* dos princípios fundamentais, bem como sua ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diferentemente capazes de conformarem as relações político-constitucionais aditando, ainda que *a ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema*.”

Mas, adverte José Afonso da Silva que se impõem distinções (e aqui apóia-se em dois outros juristas portugueses, a saber, Gomes Canotilho e Vital Moreira), posto, da ótica desses autores (também visão da qual, naturalmente, comunga), as normas que integram os princípios fundamentais terem relevância jurídica diversa (e nesse passo recorda o conceito de *normas-síntese* ou de *normas-matriz*, expressões concebidas pelos juristas lusos em destaque), passando pelas normas ditas programáticas e aquelas outras que contêm definições precisas, e não simplesmente programas ou intenções. Ao contrário, comandos *tout court*.

Nessas últimas, o professor de direito constitucional da Universidade de São Paulo inclui as normas contidas no citado art. 4º da Lei Fundamental, posto que definidoras do comportamento da República Federativa do Brasil, como pessoa jurídica de direito internacional.

São esses os princípios que a Lei Maior fez inserir no mencionado art. 4º: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, auto-determinação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.

Ademais, considerando a inserção na escala da América Latina, a Lei das Leis de 1988 é expressa: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica,

política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

### Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual do direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. Atualizada por Achiles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales de derecho*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1971.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Curso de direito constitucional*. I: teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elsen. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1973.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Da interpretação e da aplicação das leis trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: Buschastky, 1974.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, São Paulo: Ltr, 2001.

PLÁ RODRIGUEZ. *Los principios de derecho del trabajo*. Montevideo: Biblioteca de Derecho Laboral, 1975.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atual. por Ovídio Bocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Princípios gerais de direito. *Direito & Justiça. Correio Braziliense*, 24 abr. 2001.

O direito do trabalho e os princípios gerais do direito. *Direito & Justiça. Correio Braziliense*, 14 maio 2001.

\_\_\_\_\_. O direito tributário e os princípios gerais do direito. *Direito & Justiça. Correio Braziliense*, 21 maio 2001.

\_\_\_\_\_. O direito instrumental penal e os princípios gerais do direito. *Direito & Justiça. Correio Braziliense*, 28 maio 2001.

\_\_\_\_\_. O direito internacional e os princípios gerais do direito. *Direito & Justiça. Correio Braziliense*, 4 jun. 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.