

Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais

Eduardo de Azevedo Paiva¹

NORMATIVIDADE JURÍDICA

Com o surgimento da fase inaugurada pelos ideais pós-positivistas, novos valores foram inseridos na comunidade jurídica, exercendo fortes influências na atividade de aplicação do direito aos casos concretos que se apresentam.

Antes de mais nada, passou-se a priorizar não mais a letra fria e estanque da lei que outrora era idolatrada, mas sim a compreensão da norma, que está além do texto escrito.

Assim, o papel exercido pelos juízes ganhou uma maior relevância.

Diante da flagrante impotência do legislador em regular todos os casos sociais que a toda hora reclamam a aplicação do direito e exigem do Poder Judiciário uma resposta, foram criadas as regras de integração previstas no art 4º da Lei 4.657/42² (Lei de Introdução ao Código Civil), repetidas com melhor técnica no art. 126 do Código de Processo Civil³.

Os citados artigos expressam a vedação ao *non liquet* ou seja, tendo em mãos um caso a resolver e deparando-se o magistrado com lacuna ou obscuridade da lei, não poderá invocá-la para se eximir de despachar, decidir ou sentenciar. Deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

1 Juiz de Direito Titular da Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Niterói.

2 Art. 4º da Lei 4.657/42 – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

3 Art. 126 do CPC – “O juiz não se exime de 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 aos princípios gerais de direito.”

A analogia consiste na aplicação de norma prevista para um caso semelhante.

O costume se consubstancia em uma conduta socialmente aceita que se repete ao longo do tempo.

Os princípios gerais são as regras que, embora não estejam escritas, servem como mandamentos que informam e dão apoio ao direito, utilizados como base para a criação e integração das normas jurídicas, respaldados pelo ideal de justiça.

Na lição do mestre Orlando Gomes “A *generalibus juri principiis*, da qual deve ser extraída a decisão judicial quando a lei for omissa, falhe a analogia e não existam costumes adequados, tem como determinante o ‘espírito da ordem jurídica’, que se manifesta através de ‘valoração da camada dirigente’, como *ultimum refugium* do Juiz”⁴.

A DIFERENÇA ENTRE OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Após estas linhas iniciais, mister se faz ressaltar que os princípios gerais de direito acima enunciados como a última alternativa à colmatação de lacunas legais não se confundem com os princípios constitucionais.

Os princípios constitucionais espelham categoria diversa e, repita-se, não podem ser confundidos com os princípios que se prestam ao suprimento de omissões do legislador como derradeira fórmula.

É que os princípios constitucionais possuem força vinculante e são na verdade o início, o ponto de partida de qualquer atividade judicante, seja de interpretação, integração ou de aplicação da lei. São de observância necessária e obrigatória em qualquer situação, sob pena de invalidade por vício de inconstitucionalidade. E, antes de mais nada, devem informar a própria atividade legislativa, bem como a atuação de todos os entes estatais.

Nas valiosas lições do Mestre Alexandre de Freitas Câmara:

⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18ª edição. Rio de Janeiro – Editora Forense. 2001.

“É preciso antes de tudo deixar claro que não coincidem exatamente os conceitos de princípios gerais de direito e de princípios constitucionais. Basta ver o seguinte: estabelece o art 126 do CPC que, diante de uma lacuna da lei, deverá o juiz se valer da analogia, não havendo norma que possa ser aplicada analogicamente, o julgador se valerá dos costumes e, por fim, não havendo costume que se aplique ao caso, será a decisão baseada nos princípios gerais do Direito. Ora, a se aceitar a ideia de que esse princípios gerais são os princípios constitucionais, ter-se-ia de admitir que os princípios constitucionais são aplicados em último lugar, depois da lei e das demais fontes de integração das lacunas. Isto, porém, não corresponde à verdade. Os princípios constitucionais devem ser aplicados em primeiro lugar (e não em último), o que decorre da supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas jurídicas. Entende-se por princípios gerais de direito aquelas regras que, embora não se encontrem escritas, encontram-se presentes em todo o sistema, informando-o. É o caso da velha parêmia segundo a qual “o direito não socorrem os que dormem”⁵.

À guisa de exemplo, cito como princípios constitucionais de alta carga valorativa o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da proporcionalidade e o da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente.

Reconhecer a dignidade da pessoa humana implica que se tome o indivíduo como aquilo que há de mais importante e que merece ser amparado com um mínimo existencial em prol de uma vida digna, não podendo ser coisificado.

A aplicação da razoabilidade e proporcionalidade aduzem à ideia de justiça e apresentam compatibilidade com a atual realidade advinda com o pós-positivismo jurídico, isto é, há necessidade de que as decisões judi-

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 16ª Edição. 2007. V. I, p. 20 e 33.

ciais não busquem unicamente a estrita legalidade, mas que utilizem a lei em cotejo com outros valores que conduzem a decisões justas por serem razoáveis.

A prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, princípio insculpido no art 227 da Carta Magna⁶, vem estabelecer que os menores devem ser protegidos em primeiro lugar em relação a qualquer outro grupo social, em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A título de enriquecimento, transcrevo os ensinamentos de Andréa Rodrigues Amim sobre o tema:

“Trata-se de princípio constitucional estabelecido pelo artigo 227 da Lei Maior, com previsão no artigo 4º da Lei 8.069/90. Estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte. Assim, se o administrador precisar decidir entre a construção de uma creche e de um abrigo para idosos, pois ambos necessários, obrigatoriamente terá de optar pela primeira. Isso porque o princípio da prioridade para os idosos é infraconstitucional, pois estabelecido no artigo 3º da Lei 1.0741/03, enquanto a prioridade em favor das crianças é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da proteção integral.”⁷

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

7 AMIM, Andréa Rodrigues e *et alii* – **Curso de Direito da Criança e Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. Editora Lumen Juris. 4ª Edição; 2010, p. 20.

HERMENÊUTICA E NORMATIVIDADE JURÍDICA

Hermenêutica jurídica é a ciência que visa a compreender a aplicabilidade das leis, norteador o exercício dos operadores do direito, principalmente, dos magistrados, que têm a função de aplicar a norma jurídica ao caso concreto.

Segundo Carlos Maximiliano, “É a hermenêutica que contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e princípios que deverão nortear a interpretação. Hermenêutica é a teoria científica de interpretar, mas não esgota o campo de interpretação jurídica por ser apenas um instrumento para sua realização.”⁸

Certo é que a normatividade jurídica tem íntima relação com a hermenêutica, uma vez que a norma deve sempre ser compreendida e interpretada dentro de um sistema jurídico e não isoladamente.

Não se pode olvidar que a interpretação da lei deve corresponder às necessidades atuais de caráter social, não podendo ser meramente formal e sim, antes de tudo, real, humana e útil, devendo o Juiz sempre optar pela interpretação que mais atenda as aspirações da Justiça e do bem comum.

DA APLICAÇÃO DA NORMATIVIDADE JURÍDICA

Após as breves noções aqui consignadas, peço vênica para trazer à baila um tema prático, atual, relacionado ao direito da criança e adolescente, que reclama, ao meu ver, a aplicação de todo o abordado linhas acima.

Trata-se da adoção *intuito personae*, também denominada adoção dirigida, que, por não ter tido previsão no novel diploma regulador do assunto, Lei 12.010/2009, é repudiada por parte da doutrina.

Vale ressaltar que esta modalidade de adoção se diferencia por haver a intervenção dos pais biológicos na escolha da família substituta que irá acolher seu filho, com posterior submissão do ato ao juiz.

Diante da lacuna da lei, há que se perguntar se deve persistir tal

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Editora Forense. 15ª Edição – 2008- RJ.

modalidade de adoção.

A resposta é ao meu ver positiva por inúmeros motivos que passo a expor sucintamente sem a pretensão de esgotá-los.

Em primeiro lugar, devem ser considerados os malefícios psicológicos de se deixar um infante em acolhimento institucional à espera da adoção que pode nunca vir a acontecer, lembrando que o próprio estatuto atribui preferência ao acolhimento familiar.

Em segundo lugar, não há que se desprezar o instinto maternal ou paternal que inclina os genitores a quererem o melhor para os filhos e, conseqüentemente, a entregarem a criança a quem confiam.

Não se pode ainda olvidar que o ato passará pelo minucioso crivo judicial, bem como de outros profissionais habilitados que irão aferir se os interesses do menor estarão preservados.

Vale neste ponto ressaltar que, concatenando as ideias acima produzidas, venho dizer que a decisão de conceder a adoção *intuito personae* deve levar em consideração a existência de uma lacuna na lei, que não prevê o instituto, devendo o magistrado proceder a sua integração, visitando ainda todos os princípios constitucionais acima elencados, quais sejam, o da razoabilidade e proporcionalidade, o da dignidade da pessoa humana, bem como o da absoluta prioridade dos direitos da criança e adolescente.

E para o desfecho, trago à colação, por oportuno, acórdão sobre o assunto que, através da hermenêutica e aplicando os princípios constitucionais ora abordados, utilizou-se da analogia para o suprimento da lacuna da lei. O presente julgado é de relatoria do Desembargador Nagib Slaibi Filho, a quem rendo as minhas homenagens.

ADOÇÃO DIRIGIDA OU *INTUITO PERSONAE*
CADASTRO DE ADOCAO
REQUERENTES HABILITADOS
ORDEM CRONOLÓGICA
INOBSERVÂNCIA
INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE

Direito Civil. Adoção. Mãe e avó materna que desconheciam o estado gravídico da primeira. Descoberta apenas quando do parto. Pai desconhecido. Gravidez fruto de relacionamento passageiro. Adoção intuito personae configurada. Decisão da genitora e de sua mãe de entregarem a filha para adoção. Interesse da autora em ter o bebê recém-nascido como seu filho. Convivência estabelecida desde os cinco dias do nascimento. Concordância da família biológica após conhecer a pretensa adotante, que já se encontrava cadastrada para adoção. Laudo da assistente social afirmando estar a criança bem cuidada e adaptada ao lar onde é criada pela adotante e pelo filho desta. Lar harmonioso e em perfeitas condições para o pleno desenvolvimento da criança. Aplicação do art. 227 da Constituição da República: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, a saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. “E nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção intuito personae, que não está prevista na lei, mas também não é vedada. A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (CC, art. 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção” (DIAS, Maria Berenice. Adoção e a espera do amor. Disponível em: www.mariaberenice.com.br) “Cuida-se, na espécie, da adoção de menor na qual a mãe e o casal, ora agravado,

assinaram termo de declaração no qual há expressa manifestação de vontade do primeiro em consentir a doação de uma filha aos agravados, tendo o juiz a quo autorizado a permanência da menor com o casal pelo prazo de trinta dias. Posteriormente, passados oito meses, o Tribunal a quo determinou a guarda da menor aos agravantes por constarem do cadastro geral, sob o fundamento de que uma criança com menos de um ano não poderia criar vínculo com o casal e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada do casal agravado. A Turma entendeu que o critério a ser observado é a existência de vínculo de afetividade da criança com o casal adotante. Dever-se-ia, preponderantemente, verificar o estabelecimento do vínculo afetivo da criança com os agravados, que, se presente, torna legítima, indubitavelmente, a adoção intuito personae. Assim, negou provimento ao agravo” (STJ, AgRg na MC 15.097-MG, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 5/3/2009). Parecer do Ministério Público entendendo por viável a adoção. Sentença de procedência, tendo desconstituído o poder familiar da genitora e deferido o pedido de adoção. Alegação do Ministério Público de burla ao cadastro público para adoção, bem como ausência de vínculo socioafetivo e que houve ‘venda’ da criança. Ausência de prova nesse sentido. Parecer do Ministério Público em segunda instância entendendo pelo desprovimento do recurso. Desprovimento do recurso com manutenção da sentença. APELAÇÃO 0006371-74.2009.8.19.0061. DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 05/05/2010 - SEXTA CÂMARA CÍVEL.

CONCLUSÃO

Assim, podemos concluir que se ampliou a liberdade do magistrado na realização da atividade jurisdicional que não mais se encontra acorrentada pela interpretação limitada e positivista da lei. Entretanto, a flexibilidade advinda da implementação dessa nova mentalidade não é ampla

e irrestrita, pois deve estar limitada, sobretudo, pela busca incessante da promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Só assim se realiza a tão preconizada justiça. ♦

REFERÊNCIAS

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 41ª Edição. Editora Saraiva – 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18ª edição. Rio de Janeiro – Editora Forense. 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 16ª Edição. 2007. V. I.

AMIM, Andréa Rodrigues e outros – **Curso de Direito da Criança e Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. Editora Lumen Juris. 4ª Edição. 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Editora Forense. 15ª Edição – 2008 - RJ.