

# REGRAS E PRINCÍPIOS

— Alguns pontos de contato e de divergência das normas jurídicas —

## CASSIANO GARCIA RODRIGUES

*Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Professor de Processo Civil na Graduação e Pós Graduação Lato Sensu na Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal – UNIDERP. Professor de Processo Civil na Pós Graduação Lato Sensu da UNAES. Professor de Processo Civil na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professor da Escola Superior da Advocacia - ESA. Assessor de Desembargador no TJMS.*

### 1. NORMA COMO GÊNERO

Antes de adentrarmos no tema referente aos princípios, nos resta breve digressão a respeito da norma. Na verdade, **o que seria norma?**

Como intróito, podemos registrar que norma não é texto ou dispositivo. Não existe como um amontoado de letras e que esteja codificada como se fosse um Código. Podemos dizer que não lemos a norma num Código ou consolidação de leis.

Na verdade, norma é aquilo que interpretamos; aquilo que se extrai da análise do texto legal ou dispositivo ou daquilo que interpretação em relação ao princípio. Ao lermos, poderemos extrair algo do texto legal. Nesse algo, poderemos dizer de forma não técnica, que é a norma.

Ela, então, é o resultado e, não, o produto.

Utilizando a analogia com as ciências médicas, ao lermos uma bula extraímos certa compreensão e interpretação. Esta compreensão e interpretação que consiste no resultado atingido, no mundo jurídico, equivalem à norma.

Se perguntarmos a alguém o que entende sobre determinado dispositivo legal ou a interpretação de determinado princípio, a sua explicação seria a norma. Então, o dispositivo legal é aquilo escrito e objetivo, axiológico e, a norma, o elemento subjetivo.

Aproveitando a lição precisa de **Humberto Ávila** (Teoria dos princípios. Da definição á aplicação dos princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30):

Normas não são textos nem conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos<sup>1</sup>

Igualmente, pelos professores da Faculdade de Coimbra, **José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira**:

O ponto de partida para se evitar a confusão lexical existente neste terreno terá de basear-se na distinção rigorosa entre preceito (disposição – formulação – texto – forma lingüística) e a norma. Designar-se-á por disposição ou preceito o simples enunciado de um texto ou documento normativo; e por norma o significado jurídico-normativo do enunciado lingüístico. A disposição, preceito ou enunciado lingüístico é o objecto da interpretação; a norma é o produto da interpretação (Fundamentos da Constituição. Coimbra: Almedina, 1991, p. 47)

Então, se a norma é o resultado da interpretação do texto legal podemos dizer que eles sempre estarão interligados, de forma que a existência de um leva à existência, necessariamente, do outro?

### **Há correspondência bi-unívoca entre norma e texto legal?**

Ao contrário do que parece ser, nem sempre a existência de um importará na existência do outro. Poderemos ter norma sem ter texto legal. Exemplo disto é a norma a respeito da segurança jurídica<sup>2</sup>, do duplo grau de jurisdição e da hierarquia constitucional<sup>3-4</sup>.

---

<sup>1</sup> Se a norma é aquilo que se extrai do trabalho intelectual da leitura, podemos dizer que ela pode ser alvo de **atividade discricionária**? Este tema será alvo de análise a seu tempo, mas, podemos dizer que a discricionariedade não pode ser vista sem que haja limites para àqueles que lêem determinado dispositivo legal. Podemos dizer que há certo grau de discricionariedade para o interprete, mas, esta discricionariedade não é aquela que conhecemos do âmbito administrativo, porque, nesta, há opção e, esta opção não poder ser alvo de revisão pelo judiciário (por regra geral). Na discricionariedade do exegeta há grau de escolha, mas, esta escolha não fica desvinculada da interpretação sistemática e constitucional e, pode ser revista pelo judiciário. Então, podemos dizer diante destas premissas que a discricionariedade está somente na cabeça do exegeta, mas a norma fica sujeita a revisão judicial. É uma opção condicionada, por assim dizer.

<sup>2</sup> O que ocorre com a norma da segurança jurídica é que devemos extrai-la da interpretação de vários dispositivos legais, ou seja, da leitura conjunta do princípio da legalidade, irretroatividade e a anterioridade. Neste sentido: **Humberto Ávila** (Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31).

<sup>3</sup> Podemos encontrar em autores a tese de que a norma seria o sinônimo de lei, ou de texto legal. No entanto, neste trabalho estamos a sustentar que esta afirmação não será de toda acolhida, porque um não confunde com o outro, já que a norma é o resultado da interpretação do texto normativo e, por vezes, um existirá sem o outro. Então, como poderemos sustentar que os termos são sinônimos? Podemos encontrar este entendimento (no sentido dos termos como sinônimos) em **Thiago Bomfim** (Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 25): “*quando se considera o direito como regra ou conjunto de regras obrigatórias, está se falando em direito objetivo ou no direito em sentido objetivo, noção esta que o focaliza exclusivamente como norma*”.

<sup>4</sup> Se atrelarmos o termo norma como sinônimo de texto normativo, poderemos correr o risco de apontar que a ausência de texto normativo levaria à ausência de Direito, já que sem um não haveria o outro. O termo Direito tomado em seu sentido amplo, ou seja, aquele que regula o comportamento humano não nos vincularia se o considerarmos apenas como aquele que se atrela somente à regra. E os princípios? Eles não fazem parte dos princípios? O comportamento humano não se vincula apenas às regras de

Podemos encontrar ainda caso onde haverá dispositivo ou texto legal sem que haja norma. A doutrina aponta como exemplo a parte do Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil que prega a “*proteção de Deus*”.

Além disto, podemos encontrar casos plúrimos, ou seja, onde de um só dispositivo poderemos extrair várias normas. Bom exemplo consiste no artigo 150, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil que entabula a proibição de aumento ou criação de tributos sem lei, de onde podemos extrair o princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa.

Podemos exemplificar ainda, em relação ao artigo 22, I da Constituição da República Federativa do Brasil onde prega a competência exclusiva do legislativo federal para legislar sobre processo, o que podemos extrair o impedimento dos Estados legislarem sobre tal matéria, bem como, de regulamentação por ato administrativo sobre tal matéria.

### **1.1. SISTEMA JURÍDICO COMO GÊNERO DO GÊNERO**

Conforme apontado no item n. 1.1, a norma é o gênero e integram no referido gênero, as regras e os princípios. No entanto, a norma é, também, a espécie de um gênero maior consistente no sistema jurídico.

Podemos dizer que a totalidade de normas, regras e princípios correspondem ao sistema jurídico.

Por esta razão foi tratado gênero do gênero.

Este registro é importante porque se perguntarmos onde se encontra a norma poderemos dizer que ou numa regra ou em um princípio (o resultado deles, por assim dizer). Mas onde se encontram todos eles? A resposta a tal indagação traz a relevância do registro e, portanto, podemos dizer que todos eles estão dentro de um sistema, é claro, o jurídico.

Pelas portas do fundo, então, podemos dizer que as normas, regras e princípios derivam do sistema jurídico.

Aproveitando o escólio de **José Sérgio da Silva Cristóvam**:

---

condutas escritas, como também, aos princípios. No dizer de **Luis Fernando Barzotto** (O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 33): “*dizendo norma se quer dizer que uma alguma coisa deve ser ou acontecer, em particular, que um homem deve comportar-se de um certo modo*”.

O conceito geral de sistema o apresenta como um conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possam estabelecer alguma relação. Um aglomerado de partes coordenadas entre si e que funcionam como uma estrutura organizada, segundo determinados parâmetros (Colisões entre princípios constitucionais. Razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2007, p. 40)

Se sistema é o mecanismo de se enquadrar institutos menores de um instituto maior, então, as normas, regras e princípios estão no sistema jurídico. Assim, a análise de um caso posto à apreciação depende da análise do todo e, não, de apenas uma parte dele.

O estou a dizer é que a análise judicial é do sistema<sup>5-6-7-8</sup> e, não, apenas da regra ou de um princípio isoladamente. O sistema deve ser analisado no seu todo, a

<sup>5</sup> Não devemos confundir sistema jurídico com ordenamento jurídico. O sistema jurídico é composto das regras e princípios vigentes num determinado momento, mas, não podemos perder em mente que há leis que foram revogadas ou declaradas inconstitucionais, ou seja, que não estão mais no sistema jurídico, mas que se encontram no ordenamento jurídico. Este abarca um numero maior, porque inclui tanto o que está vigente como o que não está mais vigendo no país. Podemos dizer que o Código Civil de 1.916, nos dias atuais, não está no sistema jurídico, mas se encontra no ordenamento jurídico. Não significa dizer que a decisão judicial de hoje não se funde no Código Civil de 1.916. Se a decisão de hoje se funda em causa de pedir consumada na vigência do referido Código, a decisão estará fundada nela e, não, na Lei n. 10.406/02. Então, neste caso, busca-se o Código Civil de 1.916 dentro do sistema jurídico, porque ao aplicar a regra que o tempo rege o ato e, houver retrocessão para aquela época pretérita, ele estava em vigor, e, portanto é o Código de 1.916 que será aplicado (apesar dos dias atuais ele não estar mais no sistema jurídico, mas, no ordenamento jurídico). Então, se perguntarmos no dia de hoje se uma lei revogada se encontra no sistema devemos voltar os olhos para a eficácia da lei no tempo.

<sup>6</sup> Observe a título de ilustração que uma decisão judicial que condena ao pagamento de quantia, cuja obrigação tenha originado antes da entrada em vigor do novo Código Civil (10/01/2003) determinará a incidência de juros de mora e, de correção monetária fundada tanto no Código Civil de 1.916 quanto no novo Código Civil, de forma que os juros de mora constituídos na vigência do Código revogado sejam de 0,5% (meio por cento) ao mês e, quando da entrada em vigor do novo Código Civil seja majorado para 1% (um por cento). Então, entre os particulares, os juros de mora em 0,5% estão no ordenamento jurídico e abarca as relações consolidadas quando de sua vigência, mas, eles não estão mais no sistema jurídico de hoje diante da revogação do Código de 1.916.

<sup>7</sup> Então, com base na análise do sistema jurídico e do ordenamento jurídico é possível que alguém no dia de hoje (sistema jurídico) esteja na impossibilidade jurídica do pedido, mas que em relação ao ordenamento jurídico não esteja (na atualidade). Isto pode acontecer com a usucapião de terras devolutas, portanto, de terras públicas onde o lapso temporal tenha sido preenchido até 04 de outubro de 1.988. Veja-se, que no dia de hoje e com base no sistema jurídico o pedido de usucapião de terras devolutas enquadra-se na carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido diante da proibição prevista no artigo 183, §3º e no parágrafo único do artigo 191, ambos da CF/88, bem como, no artigo 1.238 e artigo 1.240 do Código Civil, bem como, diante da Súmula n. 340 do STF. Apesar desta Súmula e da proibição constitucional e legal, não é assim que acontece, porque nos dias de hoje é possível a sentença de procedência de usucapião de terras devolutas, pois a sentença é declaratória e retroage ao momento do preenchimento dos requisitos. Assim, é “uma meia verdade” a alegação de que não existe usucapião de bens públicos, pois a vedação veio somente em 05.10.1988 com a Constituição da República Federativa do Brasil (§3º do artigo 183). Assim, se o autor/usucapiente preencheu todos os requisitos legais, inclusive, o lapso temporal até 04.10.1988 (um dia antes da entrada em vigor da Constituição atual) o juiz que deu a sentença de usucapião no dia de hoje reconhecerá uma situação preexistente (efeitos *ex tunc*) desde 04.10.1988 e, veja que nesta data, ainda estava em vigor a Constituição de 1967 (ou de 1969 como querem alguns) e ela permitia a usucapião de terras públicas. Desta feita, o autor adquirirá por usucapião bem público (terras devolutas), porque o sistema jurídico da época permitir. Esta possibilidade está no ordenamento jurídico.

fim de que a norma a ser extraída seja dotada de justiça (já que consiste no fim, na ontologia de toda e qualquer tutela jurisdicional).

Este constitui o muro de arrimo, porque será sustentado que uma boa decisão judicial e quando digo boa me atrelo à justiça da decisão (o fim da tutela jurisdicional) será aquele que estiver amparada no sistema jurídico. Que bom seria se a decisão estivesse fundada numa regra e corroborada com um princípio ou alguns deles ou vice versa<sup>9-10</sup>.

## 1.2 NORMA COMO GÊNERO DE DUAS ESPÉCIES<sup>11</sup>

Conforme visto no primeiro item, norma é o gênero que comporá duas espécies, quais sejam, regras e princípios (e todos estão dentro do sistema jurídico).

---

<sup>8</sup> No sentido do efeito declaratório da sentença de procedência de usucapião: Nelson Pinto (Código de processo civil interpretado. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. São: Atlas, 2004; p. 2.433); Antônio Carlos Marcato (Procedimento especial. São Paulo: Atlas, 2004; p. 191). Observe o escólio de José Carlos de Moraes Salles (Usucapião de bens imóveis e móveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 252): *“a sentença de procedência da ação de usucapião é simplesmente declaratória, porque declara direito preexistente, constituído no momento em que o prescribente reuniu os requisitos legais necessários à usucapião”*.

<sup>9</sup> A decisão judicial amparada friamente numa regra, talvez não atinja o fim da tutela jurisdicional, porque nem toda lei é justa. Basta lembramos-nos da lei política ou que represente um pequeno grupo de pessoas em detrimento da maioria. Basta a leitura desavisada na Lei n. 9.494/97 para se ter uma boa idéia concreta dela. Já os princípios decorrem da presunção de justiça porque fundado no senso médio de justiça que foi sendo construído paulatinamente no tempo. O que quero dizer é que o princípio representa a pureza do senso de justiça. É incompatível que a formação paulatina no tempo do princípio culmine em algo que não reflita a justiça, a virtude e a pureza de decisão. No princípio não encontramos filtro e, portanto, não veremos princípio político. Uma dada regra talvez reflita um fato social isolado que se revela extremamente injusta e ilegal em outras nações (v.g. nazismo, inquisição, pena de morte, prisão perpetua, poligamia, canibalismo, aborto social, tortura, racismo, discriminação da mulher, escravidão, falta de liberdade de expressão, etc.), mas, o princípio não. O princípio representa a evolução de justiça de todo o planeta terra, o que mostra a justiça em sua mais alta evolução. A própria aplicação da lei pelo julgador é de quem deve ter princípio, tanto que é requisito para a investidura na magistratura da idoneidade moral.

<sup>10</sup> Não seríamos pleonásticos em dizer que o princípio é o próprio princípio de tudo, inclusive, das regras. Se estas derivam daqueles, então, melhor seria que todas as regras fossem aplicadas conjuntamente com o princípio. Poderíamos dizer que a senha para se acessar a justiça tenha como fundamento um ou alguns dos princípios do sistema jurídico.

<sup>11</sup> No direito comparado encontramos doutrina, mormente espanhola (v.g. Perez Luño, Pietro Sanchis e García de Enterría) no sentido de que a norma seria gênero de três espécies. Para essa corrente ao lado das regras e dos princípios existem os “valores”. Em consideração à doutrina tranqüila pátria, a norma será gênero somente de duas espécies. Os valores não devem ser incluídos como norma autônoma por entender que os valores integram os princípios. Na doutrina pátria aceitam norma de três espécies e, portanto, incluindo os valores: Paulo Bonavides (Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1.994, p. 255); Eduardo Silva Costa (Ética democrática: a constituição de 1988. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1994, n. 4, p. 234); Ricardo Lobo Torres (Valores e princípios constitucionais orçamentários. O orçamento da constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 395).

Esta divisão tem sido aceita por parte considerável e de forma unânime pela doutrina nacional<sup>12\_13\_14\_15\_16\_17\_18</sup>.

O tratamento de norma como gênero de duas espécies já é aceita pela maioria da doutrina. Poderíamos fazer registrar inúmeros doutrinadores que mudaram seu modo de pensar neste sentido. Mas, representando todos os demais, passo ao preciso registro de Luis Roberto Barroso:

É importante assinalar logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia ente norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas - princípio e normas-disposição. As normas-disposição também referidas como regras, tem eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem e as normas princípios tem maior teor de abstração (Interpretação e aplicação da constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141).

---

<sup>12</sup> A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema (**Luis Roberto Barroso**. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 141).

<sup>13</sup> Um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípios de direito (**Eros Grau**. *A ordem econômica na Constituição de 1.988 – Interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 117).

<sup>14</sup> No pensamento jurídico contemporâneo, tendo como paradigma no Brasil os estudos de Paulo Bonavides, existe unanimidade, ao menos do ponto de vista doutrinário, em se reconhecer aos princípios jurídicos status conceitual e positivo de norma de direitos, de norma jurídica (**Tiago Bomfim**. *Os princípios constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 62).

<sup>15</sup> Os princípios gerais do direito são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que a velha questão ente juristas se os princípios são ou não são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais (**Norberto Bobbio**. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Unb, 1999, p. 158).

<sup>16</sup> Impõe concluir que não pode haver oposição ou dualidade entre princípios e normas, eis que entre ambos existe na verdade não um antagonismo, mas um estado de subjacência, onde a norma jurídica deve ser vista enquanto gênero que engloba, como espécies, as regras e os princípios jurídicos (**Cleber Francisco Alves**. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 81).

<sup>17</sup> Eis outros, no mesmo sentido: Carlos Ari Sunfeld (*Fundamentos de direito público*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143); Celso Ribeiro Bastos (*Curso de direito constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 137). Este doutrinador reconhece o sistema de princípios e normas, mas ao admitir que há normas-princípios e normas-dispositivas (regras) acaba por implicitamente aceitar a norma como gênero de duas espécies (regras e princípios).

<sup>18</sup> Podemos encontrar na doutrina, outros que defendem normas como gênero de regras e princípios, tais como: Flávio Galvão (*Sistema. Hierarquia de normas e princípios constitucionais no Direito*. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 03, n. 13, outubro/dezembro, p. 80). Floriano P. de Azevedo Marques Neto (*O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para uma solução*. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 03, n. 10, janeiro/março, 1995, p. 40)

Em homenagem ao silogismo, após brevíssimo apontamento sobre o gênero (norma) passaremos ao estudo de cada uma de suas espécies, ou seja, da regra e do princípio. Para num terceiro momento analisarmos a forma de solução de conflitos ou colisões entres as espécies.

Vejamos.

## 2. PRINCÍPIOS

Cabe neste item a aferição: I – significado da terminologia princípio para mundo social (os leigos); II - significado da terminologia princípio para o mundo jurídico; III – há várias espécies de princípios?

Em relação ao **primeiro tópico**, ou seja, significado da terminologia princípio para mundo social (leigos), uma simples leitura desavisada da palavra “princípio” revela que ele não anda numa única mão, de forma que pode assumir significados diversos e relatar fatos sociais diferentes.

Corroborar tal afirmativa uma simples leitura no Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro. Nova Fronteira) para se aferir que o termo princípio revela-se como:

1. momento ou local ou trecho em que algo tem origem;
2. causa primária<sup>19</sup>;
3. elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico;
4. preceito, regra, lei;
5. germe;
6. filio. Fonte ou causa de uma ação;
7. filio. 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.

No mesmo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro. Nova Fronteira) o termo princípios (no plural) revela-se como:

1. filio. proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado

---

<sup>19</sup> Tanto nesta proposição quanto na de n. 1, este sentido é de conhecimento pelos cristãos pela passagem bíblica prevista no Capítulo 1, versículo 1 do Livro de Gênesis: “*no principio, criou Deus os céus e a terra*”.

Então, na linguagem não técnica, o termo princípio pode assumir diversas conotações a depender do caso concreto; ele pode ser considerado multifacetário.

Em relação ao segundo tópico, ou seja, significado da terminologia princípio para mundo jurídico ele assume conotação “quase” única, qual seja, serve como fonte de interpretação e de aplicação das normas jurídicas. Todo o sistema deve se amoldar a ele. O sistema jurídico para ser aplicado deve olhar para o princípio e, com ele se amoldar. Ele é o barro na mão do oleiro e o vaso somente pode ser entregue se de acordo e conforme a arte do obreiro<sup>20,21</sup>.

Este termo no mundo jurídico de equipara ao significado dado no Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro. Nova Fronteira) no item n. 07 (princípio) e item n. 01 (princípios).

Na atualidade encontramos o princípio com a função (multifuncional<sup>22</sup>):

- 1.fundamentadora (eficácia positiva)
- 2.interpretativa (eficácia positiva)
3. supletiva (eficácia positiva)

Verifica-se que os princípios são multifuncionais já que além de fundamentar a criação das regras e do nascimento dos demais princípios (fundamentadora<sup>23</sup>) servem de muro de arrimo para auxiliar na melhor interpretação a ser dada num determinado

---

<sup>20</sup> Princípios são normas que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica (Celso Ribeiro Bastos. Curso de direito constitucional. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 143).

<sup>21</sup> Já podemos encontrar a menção dos princípios desde os gregos, mormente, em Aristóteles no Tratado da Retórica quando diz que: “*não são de hoje nem de ontem, senão que sempre existiram, e ninguém sabe quando foram publicadas*”. Na verdade, no período de Platão e Aristóteles vemos a aplicação do direito natural, que na verdade podemos dizer que é o berço de nascimento dos princípios. O princípio tem um “Q” do direito natural. Inclusive, encontramos nos dias de hoje, regras que nos fazem lembrar o direito natural, mormente, naquelas regras de conceito indeterminado ou com cláusulas gerais.

<sup>22</sup> Apesar, também, de multifuncional, é bem mais limitada que o termo para os leigos. No mundo jurídico, o termo princípio acaba por revelar dois sentidos, mas estes dois sentidos se completam. Eles não se excluem. Um corrobora o outro. Por isto que disse que para o mundo jurídico o termo princípio é quase único. Disse dois sentidos, porque a função supletiva do princípio se encontra superada.

<sup>23</sup> Os princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Quando o legislador se apresta a normatizar a realidade social, o faz, sempre, consciente ou inconscientemente, a partir de algum princípio. Portanto, os princípios são as *idéias básicas* que servem de fundamento ao direito positivo. Daí a importância de seu conhecimento para a interpretação do direito e elemento integrador das lacunas legais (Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. Unb, Brasília, 1996, p. 46)

caso posta à apreciação (interpretativa<sup>24-25</sup>). Mas além desta eficácia positiva ele revela, também, sua eficácia negativa consistente no poder de afastar as regras em conflito com ele, bem como, dos princípios que estão em sua rota de colisão e que não atendam ao critério da proporcionalidade.

### No escólio de **Ruy Samuel Espíndola**

A idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou subordinam (Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47)<sup>26,27</sup>.

Excelente instrumento de justiça, inclusive como forma de afastar leis injustas ou políticas se encontra na função interpretativa do princípio, porque através dele haverá justificativa jurídica e justa para o afastamento de regra que não se revela justa e adequada para o caso vertente. Assim, ele serve como meio de mitigar o sistema fechado de leis de nosso sistema jurídico. Podemos então, dizer que pela existência dos princípios o nosso sistema é fechado, mas, de forma relativa.

Aqui encontramos a atividade judicial como criadora do Direito<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte com fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui (**Luís Roberto Barroso**. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141).

<sup>25</sup> a) É incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) Quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) Quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio (**Carlos Ari Sundfeld**. *Fundamentos de Direito Público*. Malheiros, São Paulo, 1992, p. 183)

<sup>26</sup> Principio de derecho, es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de lãs singulares disposicionis de Derecho de uma institución jurídica, de um Código o de todo um Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley (**Clemente de Diego** *apud Eros Grau in A ordem econômica na Constituição de 1.988 – Interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 117).

<sup>27</sup> O cientista, para conhecer o sistema jurídico, precisa identificar quais os princípios que o ordenam. Sem isso jamais poderá trabalhar com o direito (Carlos Ari Sundfeld. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143).

<sup>28</sup> No dizer do Juiz Federal, Doutor George Marmelstein Lima (As funções dos princípios constitucionais *in* <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2624>>):“Percebeu-se que a lei (regra), como norma genérica e abstrata, pode, na casuística, levar à injustiça flagrante. Aos princípios, pois, cabe a importante função de guiar o juiz, muitas vezes contra o próprio texto da lei, na formulação da decisão justa ao caso concreto. O juiz cria o direito, quer queiram quer não. E nessa atividade de criação do direito ao caso concreto, os olhos do juiz devem estar voltados para os princípios constitucionais (...) A Jurisprudência moderna, impulsionada pela vontade de concretizar a Justiça, deixou de lado o legalismo que dominava o mundo jurídico no passado. Aparecem com força total as novas teorias ou movimentos rumo à

Utilizando a analogia para fins de exemplificação, se a utilização de determinado aparelho eletrônico exige a leitura do “manual de instrução”, para sua correta e técnica utilização, para o Direito, antes de sua aplicação se exige que a decisão esteja conforme o manual de instrução principiológica.

Em relação ao **terceiro tópico**, ficou a seguinte indagação: há várias espécies de princípios?

Encontraremos na doutrina aqueles que sustentam a diversidade de princípios jurídicos. Podemos encontrar a divisão dos princípios jurídicos como: I – princípios positivos do Direito e; II – princípios gerais do Direito<sup>29</sup>. Para esta classificação, o princípio geral do Direito passa a ser princípio positivo do direito, desde que ele tenha sido alvo de fundamentação para determinada decisão judicial. Assim, os princípios gerais quando descobertos passam a ser positivos.

Para esta classificação, o princípio positivado passa a ser lei, regra (encontra-se na primeira parte da art. 126 do CPC e no art. 4º da LICC) e, para o princípio geral de direito, na parte final do art. 126 do CPC e no art. 4º da LICC<sup>30</sup>.

Tenho que o princípio quando positivado (princípio/disposição) não perde sua roupagem de princípio e, portanto, não se transmuda para regra.

Se assim fosse estaríamos rebaixando de posto um instituto, quando na verdade deveria ser promovido. Isto porque, quando o legislador insere determinado princípio como regra, na verdade, ele está a dizer a tão grande relevância jurídica que ele tem no sistema jurídico daquela região. Na verdade, ele quer acentuar a relevância e importância do princípio. Por isso que o materializa como regra.

Ele quer deixar incontestado de dúvidas.

---

"libertação" e à concretização da Justiça: *Movimento Direito Alternativo, Juízes para Democracia, Direito achado nas ruas, ativismo jurídico etc*".

<sup>29</sup> A noção de princípios gerais de direito não é uníssona na doutrina, tampouco na jurisprudência. Há quem afirme inexistir qualquer distinção entre um princípio e uma cláusula geral, ou aqueles que consideram, em certas situações, mais importantes a discussão dos princípios do que o exame das soluções concretas diante de determinadas normas. Contudo, a idéia de princípios gerais de direito não tem um sentido único (Rogério Ferraz Donnini. *Responsabilidade civil pós-contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007).

<sup>30</sup> Princípio geral do Direito é, assim, princípio ainda não positivado, mas que pode ser formulado ou (re) formulado pela jurisprudência (...) ambos, princípios positivos e princípios gerais do direito encontram-se contemplados na enunciação lingüística no art. 4º da LICC. Os primeiros, no vocábulo Lei, e os segundos, na locução que lhes designa o próprio enunciado (**Ruy Samuel Espíndola**. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52).

Então, como podemos dizer que o princípio positivado é regra? Ora, se assim sustentarmos estaremos defendendo que eles estarão no mesmo pé de igualdade e no mesmo grau de hierarquia. Creio que não seja isto que acontece.

Podemos encontrar ainda, várias classificações doutrinárias. Há os que dividem em princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais. Os princípios constitucionais passam a ser divididos em: I – fundamentais; II – gerais; III – setoriais<sup>31</sup>.

Apesar do grande dissenso<sup>32</sup> a respeito da melhor classificação, iremos trabalhar com a divisão dos princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais e, aqueles serão reclassificados em fundamentais, gerais e setoriais.

Com referida classificação iremos analisar a questão da colisão dos princípios.

### **3. REGRAS**

Em relação às regras e levando-se em conta que não constitui o cerne da presente escrita, elas serão alvo de apreciação perfunctória no transcorrer do texto.

### **4. CRITÉRIOS DIFERENCIADORES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS**

Há várias distinções doutrinárias visando a distinção das regras e dos princípios. Dentre elas: I - campo de atuação; II - quanto à natureza da orientação que oferecem<sup>33</sup>.

#### **Quanto ao campo de atuação.**

---

<sup>31</sup> O Código Tributário Nacional faz diferenciação entre princípios gerais de direito (art. 108, inciso II), princípios gerais de direito público (art. 108, inciso III) e princípios gerais de direito privado (art. 109).

<sup>32</sup> Em relação aos princípios gerais do direito há uma verdadeira “torre de babel” em sua classificação e enumeração, conforme pode ser visto claramente nos apontamentos de Maria Helena Diniz *in* Compêndio de introdução à ciência do direito. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.991, p. 535.

<sup>33</sup> A análise deste tópico reside da diferenciação entre regra e princípio, mas eles possuem pontos de contato. Em ambos podemos encontrar que passam a existir como fruto de relato e existência de um fato social. Eles não são abruptos. Mas este fato para a regra passa a ser posto pelo legislador. Condiciona sua existência a uma atividade política, o que permite que, talvez, venha infiltrado por “N” intenções, seja política seja religiosa etc. Os princípios, não, eles existem por si só e não dependem de atividade política. Veja então, que ele reflete a pureza dos fatos que foram ocorrendo paulatinamente no tempo. Se os ossos se formam pelo acúmulo de cálcio, os princípios se formam pela evolução social que vem ocorrendo paulatinamente. Então, podemos dizer que como o princípio existe por si só, ele se moderniza com a evolução da sociedade. Assim, podemos dizer que não encontraremos princípio “ultrapassado”. Diferente da regra que com a evolução do tempo ficará “ultrapassada” e deixará de regular aquele fato prefixado. Bom exemplo disto era o regime de bens dotais existente entre nós até 09 de janeiro de 2003.

As regras regulam determinado fato ou determinada situação jurídica. Podemos dizer que a regra é “o tiro certo”. O legislador enxergando o fato legisla regulamentado aquele fato. Podemos dizer que quando um determinado fato “borbulha” na sociedade, a atividade do legislador tem que ser colocada em prática.

Quando o art. 102 do Código Civil fala dos requisitos de validade da relação jurídica ele está se direcionando para as manifestações de vontade do mundo social dizendo que para estes atos jurídicos, há requisitos a serem observados.

O campo de incidência da regra está prefixado, de forma que pode até ser utilizada noutro campo (v.g. criminal), mas através do sistema da analogia (que pressupõe a inexistência de lei específica para aquele caso a ser aplicado).

Para ilustrar observemos a redação do inciso II do §1º do art. 40 da CF/88:

**Art. 40.** Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

**§ 1º** Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

Quando a Constituição brasileira prega que a aposentadoria compulsória para os servidores público ocorrerá aos 70 anos (diante da nova redação dada ao art. 40 da Constituição brasileira trazida pela Emenda Constitucional n.º 20 de 15 de dezembro de 1.998 e Emenda Constitucional n.º 41 de 19 de dezembro de 2003) significa dizer que os servidores públicos ao se enquadrarem na regra, estarão aposentados automaticamente no dia seguinte ao seu aniversário.

A contrário senso, para aqueles que não se revestem como servidores públicos, referida regra não se aplica, porque o fato não se enquadra no tipo, ou seja, não há subsunção<sup>34-35-36-37-38</sup>.

A problemática das regras visarem o “tiro certo” é que, por vezes, a sociedade evoluirá e o Direito que deriva dos fatos da sociedade não acompanhará referida evolução, de forma que tenhamos leis ineficazes ou que não abarquem determinada situação. Assim, nos dias atuais tem ganhado relevância no plano do direito material (regras de conduta) as regras com conceito indeterminado ou com cláusulas indeterminadas, já que fundadas na equidade e na análise do caso concreto. Afora isto, para as leis antigas e desatualizadas, somente caberá à jurisprudência adequá-la através da hermenêutica para a situação fenomênica da atualidade.

Assim tem feito o **STJ** em alguns casos, tais como:

---

<sup>34</sup> Há Comarcas onde o Cartório Distribuidor foi delegado para particulares para que ali prestassem serviço público. Veja que estas pessoas são particulares em colaboração com o Estado e, portanto, não são servidores públicos. Portanto, não sendo servidores não se submetem à aposentadoria compulsória do inciso II do §1º do art. 40 da CF/88, porque não exercem cargo ou emprego ou função pública. O Titular do Cartório Distribuidor da Comarca que o tenha por delegação tem a roupagem de agente público, também, mas não se enquadra como servidor (tanto que não exerce cargo, emprego ou função), mas, se insere na prestação de serviço público como **particular em colaboração com o poder público por delegação**. O próprio art. 236 da Constituição brasileira expressa que: “*Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público*”.

<sup>35</sup> Aproveitando a lição da administrativista paulista, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**: “*Particulares em colaboração com o Poder Público – nesta categoria entram as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício. Podem fazê-lo por delegação do Poder Público como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, os que exercem serviços notariais e de registro* (Direito administrativo. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 482)”.

<sup>36</sup> Corroborando com o escólio, nada mais nada menos o entendimento de **Celso Antônio Bandeira de Mello**: “*Particulares em colaboração com a administração – esta terceira categoria de agentes é composta por sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal – como os delegados de função ou ofício público como é o caso dos notários* (Curso de direito administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 232)”.

<sup>37</sup> Eis o entendimento uníssono do **Superior Tribunal de Justiça**: “*A Emenda Constitucional n.º 20/98, que alterou o art. 40 da Constituição Federal, disciplina que a norma referente à aposentadoria compulsória pelo implemento de idade somente é destinada aos servidores em sentido estrito, não estando abarcados neste preceito os notários e registradores, que se consideram agentes públicos, apenas, na condição de particulares em colaboração com o poder público. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º20325/MG. Ministro Relator Paulo Medina. 6ª Turma. **Unânime**)*”.

<sup>38</sup> No mesmo sentido, do órgão de cúpula em relação à interpretação infraconstitucional: “O Superior Tribunal de Justiça possuía jurisprudência uniforme no sentido de que seria aplicável a aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade aos Titulares de Cartório, nos termos do artigo 40, § 1º, II da Constituição Federal. Em recentes julgados, o Eg. Supremo Tribunal Federal – ao analisar a Emenda Constitucional n.º. 20/98, que alterou o art. 40 da Constituição Federal - concluiu que a norma referente à aposentadoria compulsória pelo implemento de idade somente seria destinada aos servidores em sentido estrito, não estando abarcados neste preceito os Titulares de Cartório. Secundando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, esta Corte alterou o entendimento anteriormente consolidado. Precedentes (Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n.

A jurisprudência da Corte tem flexibilizado a regra temporal prevista no **art. 56 da Lei n. 6.015/73**, admitindo que menores, devidamente assistidos por seus pais, possam postular retificação no registro civil, desde que se verifique o justo motivo. III - O pleito, na espécie, longe de denotar mero capricho, afigura-se bastante razoável, tendo em vista que o registro original nem sequer será alterado de modo substancial, com o acréscimo do segundo nome, com o qual a requerente de fato se identifica e que a individualiza no meio em que vive (Recurso Especial n. 777088/ RJ. **Ministro Sidnei Beneti**. DJU DJ 10.03.2008).

Já o princípio seria o “tiro no escuro”. O princípio tem um campo de abrangência amplíssimo de forma que, por vezes, um entra em rota de colisão com o outro e, é esta colisão que nos interessa para o texto.

Poderíamos dizer, sem medo de errar, que os princípios são parábolas e que dependendo do caso concreto, abrangem uma situação e, noutros casos, outras situações diversas<sup>39</sup>. Aqui, não podemos dizer, como regra, que um determinado princípio pertença ao âmbito criminal ou cível. Ele está no sistema jurídico e em todas as jurisdições.

A bíblia, a título de exemplificação tem pesada carga principiológica<sup>40</sup>.

Justamente porque os princípios são, por assim dizer, um sistema aberto, já que tem alto de abstração e tenta por regular todos os aspectos da vida social e imagináveis, não temos dúvidas que esta abstração coloca, não raramente, os princípios em rota de colisão.

Se perguntarmos o conceito de determinado princípio, com certeza, aquele que responder de maneira mais brilhante que possamos imaginar não esgotará o instituto

---

<sup>39</sup> No dizer do Juiz Federal, Doutor George Marmelstein Lima (As funções dos princípios constitucionais in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2624>): “os princípios, em relação às regras, têm uma grande vantagem: a abertura. Ou seja, os princípios têm uma "substância política ativa", uma "estrutura dialógica", capaz de captarem as mudanças da realidade e estarem "afinados" às concepções cambiantes da "verdade" e da "justiça". Eles não são - nem pretendem ser - verdades absolutas ou axiomas imutáveis; são, isto sim, "poliformes" (Cármem Rocha). Na medida das transformações ocorridas no bojo do seio social, as interpretações dos princípios vão-se adaptando, vão-se moldando constantemente às vicissitudes do meio sócio-político em que atuam. São fluidos, plásticos e manipuláveis e, por isso mesmo, não precisam esperar as alterações textuais (legislativas) das regras para impor ou orientar as decisões políticas dos membros da sociedade. Ou seja, eles *transcendem* a literalidade da norma mesma em que estão inseridos, permitindo que se mude o sentido, isto é, a interpretação dos textos, sem que se precise, com isso, alterar os seus enunciados normativos (...)Os princípios são, pois, neste momento de incertezas e transformações, o estado da arte na interpretação evolutiva, a única capaz de dar vida ao direito. E eles (os princípios) estão aí espalhados por todo o ordenamento jurídico. A Constituição está cheia deles, já que é Lei Fundamental a "ambiência natural dos princípios" (Willis Guerra Filho). Cabe a nós "descobri-los" e utilizá-los de forma adequada e satisfatória. Parafraseando J. J. CALMON DE PASSOS, diríamos que, assim como os mandamentos de Deus de nada valem para os que não têm fé, de nada valem os princípios constitucionais para os que não têm a consciência de sua potencialidade”.

<sup>40</sup> A parábola do semeador é um bom exemplo, porque a depender do estado de espírito do leitor ele refletirá efeitos intelectual e de compreensão diversos.

em relação ao seu campo de atuação. As situações a serem aplicadas pelo princípio são imagináveis e inesgotáveis, ao contrário do que acontece com as regras<sup>41</sup>.

Para ilustrar o alto grau de abstração do princípio, veja-se que o princípio da igualdade irradia efeitos para todo e qualquer fato social que não somente a relação contratual, como o faz o art. 102 do Código Civil. Este princípio pode ser invocado tanto nesta área social quanto para o âmbito penal, tributário, processual etc.

Não raramente vemos o princípio da igualdade para fundar questão afeta ao direito administrativo que impõe desigualdade de sexo ou idade em concurso público e, também, o mesmo princípio sendo fundamento para relaxar a prisão do marido que espancou a mulher diante do afastamento da Lei da Maria da Penha<sup>42</sup>.

Por vezes, o princípio delimita “aparentemente” uma área para atuação mas, mesmo assim, o seu brilho não se volta a uma específica situação e já previamente delimitada pelo legislador, assim como acontece com o princípio da celeridade (art. 125 do CPC), instrumentalidade das formas (art. 153 c.c. art. 243, ambos do Código Processo Civil) e da efetividade processual (inciso LVXXVIII do art. 5º da CF/88).

#### Aproveitando a lição de **Roberto Alexy**:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas (Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86)<sup>43</sup>.

#### No dizer de **Thiago Bomfim**:

As regras têm uma incidência mais restrita às situações jurídicas por elas preconizadas, enquanto os princípios possuem uma maior carga valorativa e um alto grau de abstração (Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 46, nota de rodapé n. 49)

---

<sup>41</sup> Volto a repetir que podemos encontrar na atualidade, regras com forte carga de abstração, assim como acontece com as cláusulas gerais e de conceitos indeterminados (v.g. função social da propriedade e função social do contrato).

<sup>42</sup> para lastrear a custódia preventiva da paciente, o magistrado *a quo* baseou-se na Lei Maria da Penha, a qual, nos termos do entendimento já esposado por essa 2ª Turma Criminal, viola frontalmente o princípio da isonomia entre os gêneros, padecendo de notória inconstitucionalidade (TJMS. Hábeas Corpus n. 2007.029957-4. Des. Carlos Eduardo Contar).

<sup>43</sup> O sistema jurídico ideal se substancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto (Tiago Bomfim. Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 51).

**Quanto à natureza da orientação que oferecem ou “critério do conflito normativo”.**

As regras não admitem meio termo. Para elas ocorre aquilo denominado pela doutrina de “tudo ou nada (*all or nothing*)<sup>44</sup>”. Significa dizer que ela é válida ou não. Quando conflitantes, um exclui o outro. Eles não convivem entre si e não se toleram.

No conflito de duas normas de mesma hierarquia haverá a aplicação do art. 2º da Lei de Introdução do Código de Processo Civil. Eis a redação do dispositivo solucionador do conflito de leis de mesma hierarquia:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Neste dispositivo encontramos as formas de solução da antinomia entre regras, que consiste no critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e, por último, o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*)<sup>45-46</sup>.

No dizer de Norberto Bobbio (O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 203):

O princípio sustentado pelo positivismo jurídico, da coerência do ordenamento jurídico, consiste em negar que ele possa haver antinomias, isto é, normas incompatíveis entre si. Tal princípio é garantido por uma norma, implícita em todo ordenamento, segundo a qual duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas, mas somente uma delas pode fazer parte do referido ordenamento

<sup>44</sup> Por parte da doutrina que utiliza a nomenclatura: Tiago Bomfim (Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 46, nota de rodapé n. 49).

<sup>45</sup> Parte da doutrina respaldada em Canaris e Alexy informa que a antinomia entre regras é formal (critério temporal, critério da especificidade e critério hierárquico) e a dos princípios, material. Na material, se aplica critérios de racionalidade a ser aplicada a cada caso específico. Em uma palavra só: na ponderação. Podemos encontrar a defesa destes critérios em: Floriano P. de Azevedo Marques Neto (O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para uma solução. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 03, n. 10, janeiro/março, 1995, p. 40).

<sup>46</sup> Diante de antinomia aparente de normas, na impossibilidade da invocação dos princípios da hierarquia e da anterioridade, deve ser aplicado o da especialidade, segundo o qual a norma especial prefere à norma geral. A taxa SELIC não se aplica ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica instituído pela Lei n.º 4.156/62, já que existem regras específicas disciplinando a incidência de juros e de correção monetária (EREsp 692708/RS. **Ministro Castro Meira**. DJU DJ 14.04.2008).

O *conflito* entre regras se resolve pela dimensão de validade.

Diferentemente do que ocorre para o princípio, porque, quando dois ou mais princípios colidirem não haverá exclusão de um deles, mas sim, haverá a ponderação de forma que todos continuarão no sistema jurídico, no entanto, diante do maior peso de um deles, prevalecerá sobre os demais, de forma a ser aplicado para aquele determinado caso concreto.

A *colisão* entre princípios se resolve pela dimensão de peso. É um critério de escolha.

Há um **tema em voga e que não será abordado** e transportado para o presente escrito, mas deve ser registrado. Este fato consiste na existência de princípios que estão sendo positivados nos Códigos e que carregam em si o conteúdo de regra (v.g. art. 25, caput e art. 29, Caput, ambos da CF/88 e o elenco dos direitos e obrigações dos servidores públicos dos incisos do art. 37 da CF/88) e, também, de regras que estão abarcando conteúdo principiológicos (conceitos indeterminados ou das cláusulas gerais<sup>47</sup>).

Em razão da existência de regras de conteúdo amplamente abstrato e, de princípios, que revelam pequena abstração, há quem na doutrina que sustente que esta classificação teria perdido objeto diante da nova realidade fenomênica.

Crítico árduo desta classificação pode se encontrar em Humberto Ávila (Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006).

Isto tem levado parte da doutrina a criticar os critérios diferenciadores das regras e princípios<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Na feliz idéia de **Rogério Ferraz Donnini** (*Responsabilidade civil pós-contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112) “as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados têm em comum o fato de fazer parte do campo dos conceitos da equidade, o que significa dizer que não estão situados na seara do direito estrito. Contudo, pode-se afirmar que existe diferença entre estes. Os conceitos legais indeterminados são abstratos e formados por expressões ou palavras vagas, de conteúdo genérico, insertas na lei. Não há neste caso criação, a denominada função criadora do magistrado ao se valer de um conceito indeterminado, mas apenas aplicar a norma. Em outras palavras, cabe ao juiz, ao se deparar com um conceito legal indeterminado, completa-lo, realizar a subsunção do fato à norma (...) as cláusulas gerais diferenciam-se dos conceitos indeterminados, haja vista que estes, uma vez constatados pelo magistrado, na própria norma já há a solução ao caso concreto, enquanto naquelas o juiz exerce o poder de concretizar, criar uma solução para uma situação, atribuindo valores, instrumentalizando o que era abstrato. A Clausula geral, portanto, é uma norma jurídica, uma fonte de criação de direitos e obrigações”.

<sup>48</sup> Também, aponta a diversidade, mas sem negar o critério diferenciador clássico entre regra e princípios: Tiago Bomfim (Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 46, nota de rodapé n. 53).

Registro que aceito que há situações novas que fazem que os critérios diferenciadores clássicos não abarquem em sua plenitude, mas os aceito como exceção da regra geral, e, não, como preferem alguns em dizer que referidos critérios não mais subsistiriam. Isto não.

## 5. CRITÉRIOS DE “ESCOLHA” DE PRINCÍPIOS EM ROTA DE COLISÃO

Foi visto no tópico anterior, que uma das diferenças entre princípios e regra reside em dizer que naqueles (princípios), não podemos falar em antinomia, porque, quando em colisão, um não exclui o outro, mas um será preferido em detrimento do outro. Por isto denominar os princípios em rota de colisão como “antinomia imprópria<sup>49</sup>”.

Então, qual o critério para a adoção do princípio quando em colisão com outro princípio e que estejam no mesmo “pé de igualdade (v.g. dois princípios constitucionais fundamentais ou dois princípios constitucionais gerais ou dois princípios infraconstitucionais)”?

É certo que o critério é de escolha por parte do magistrado, mas, esta escolha não pode ficar na conveniência e oportunidade na mesma medida e grau em que ocorre na esfera administrativa. Podemos dizer que a discricionariedade é limitada ou condicionada, a fim de se evitar arbítrios e/ou injustiças.

Veja-se:

A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterà elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação (que o confinam a um espaço que, normalmente, não vai além da literalidade, da história, do sistema e da finalidade da norma) e do conteúdo dos princípios e conceitos de que não se pode afastar. A subjetividade traduzir-se-á na sensibilidade do intérprete, que humanizará a norma para afeiçoá-la à realidade, e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu. A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercerá sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso

---

<sup>49</sup> Nomenclatura de “antinomia imprópria” que pode ser encontrada em: Maria Helena Diniz (As lacunas no direito. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 212).

concreto" (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 256)<sup>50</sup>.

Após a análise da tal "discricionariedade condicionada" resta a análise dos critérios para a adoção de um ou alguns dos princípios em rota de colisão.

Vejamos.

Verificamos do acompanhamento das decisões judiciais que para a escolha do princípio tem se utilizado o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade ou dimensão do peso ou importância, onde deve em cada caso concreto analisar qual pesa mais para a solução mais justa possível.

Esta ponderação permite que um mesmo princípio valha mais do que outro num caso e valha menos do que outro diante do caso concreto. Por isto que se fala, também, no critério da ponderação.

Veja-se acórdão do STJ neste utilizando a ponderação:

Ressalte-se, por fim, que "cabe frisar que o controle realizado para aquisição, **comercialização e importação de armas de uso restrito** deve-se ao seu poder de destruição e a sua finalidade específica, de maneira que as inúmeras restrições à sua comercialização e importação visam garantir a segurança social e militar do país. Por isso somente as Forças Armadas, após autorização pelo Ministro da Defesa, os órgãos de segurança pública, colecionadores, atiradores e caçadores poderão importá-las, conforme arts. 51, § 2º, e 53, do Decreto nº 5.123/2004. Assim, considerando que a norma não permitiu ao particular importar armas de uso restrito, não se mostra ilegal as Portarias 809 e 812 ao consentirem, excepcionalmente, que policiais adquiram, para uso pessoal, tais armas na indústria nacional, caso tivesse disposto de modo diverso, autorizando a importação, aí sim estaria cometendo ilegalidade. A Constituição Federal (art. 21, V1) reservou à União a competência para autorizar o comércio de material bélico. Por sua vez, o art. 170, parágrafo único, embora reafirme a norma constitucional garantidora da livre iniciativa, coloca exceções - "salvo nos casos previstos em lei". Conclui-se conjugando os dois dispositivos constitucionais que a empresa comerciante de armas poderá exercer em livre concorrência a sua atividade econômica, porém está condicionada a autorização do órgão público competente, no caso submete-se às restrições da lei nº 10.826/2003 e seus decretos regulamentadores. A referida "autorização", prevista na Constituição Federal, evidentemente não concerne aos aspectos econômicos da atividade, mas a consonância do empreendimento com o bem jurídico que a lei se propõe a

---

<sup>50</sup> A solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2º. do CPB e 5º., XL da CF/88), sem, todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da Lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado (HC 86797/SP. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ 07.04.2008).

resguardar, na espécie a segurança social e militar do País. Dessa forma, considerando que ordenamento vigente não autoriza a venda de armas a qualquer cidadão de forma indiscriminada, deduz-se que a vedação de importação de armas de uso restrito por particular não ofende aos **princípios** da isonomia e livre concorrência, pois tais **princípios são sopesados** diante do interesse público envolvido e as normas vigorantes (EDcl no MS 11833/DF. Ministro Relator Luiz Fux. DJU DJ 31.03.2008)".

A fim de ilustração veja-se que o princípio à vida pode receber dimensões diversas a depender do caso concreto. Pensemos no caso da testemunha de Jeová que nega a transfusão necessária para continuar a viver. Neste caso, fica inconteste de dúvidas que o princípio constitucional geral à vida (art. 5º, Caput da CF/88) prevalece sobre o princípio constitucional geral à liberdade religiosa (inciso VI do art. 5º da CF/88). Vemos claramente que a vida prevalece sem sombras de dúvidas.

No entanto, modifiquemos um pouco a história: suponhamos que a transfusão de sangue pela mesma Testemunha de Jeová servirá para que ele somente tenha mais algumas horas de vida e que prolongará sua imensa dor em razão da doença em estágio terminal. Neste caso, qual princípio prevalece? Veja que o princípio à vida perdeu todo o peso do caso anterior. Neste caso, com o devido respeito ao entendimento em sentido contrário, tenho que deve prevalecer sem sombras de dúvidas, a liberdade religiosa.

Igualmente, o princípio da liberdade de expressão da imprensa pode prevalecer sobre o princípio da imagem e vida privada de uma determinada pessoa, e, noutros casos, haverá inversão do peso entre eles. Se a identidade de uma pessoa deve ser colocada nos meios de comunicação para se evitar que ela cometa novas fraudes no meio social, tenho que o princípio da liberdade de expressão deve prevalecer. No entanto, no caso do jornal que pretenda para fins escusos e, talvez, eleitores revelarem supostas fraudes de político em véspera de eleição, não vejo como não fazer prevalecer o princípio à imagem e vida privada.

O STJ tem adotado o entendimento firme no sentido de fazer prevalecer o direito à vida em face dos interesses do Poder Público. Veja-se:

Pagamento de despesas com tratamento médico de menor pelo estado. Direito à vida e à saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do Parquet. artigo 127 da CF/88. Precedentes. Tutela antecipada. Meios de coerção ao devedor (CPC, arts. 273, §3º e 461, §5º). Bloqueio de verbas públicas. Conflito entre a urgência no tratamento e o sistema de pagamento das condenações judiciais pela fazenda. Prevalência da essencialidade do direito à saúde sobre os interesses financeiros do estado. (Recurso Especial n. 901289/RS. Ministro Relator **Teori Albino Zavascki**. Primeira Turma. Unânime.

DJ 01.10.2007). No mesmo sentido e do mesmo relator: Recurso Especial n. 902473 RS.

Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente". Precedente: Recurso Especial n.º 840.912, 1ª T. Rel. Min. **Teori Albino Zavascki**, publicado em 23/04/2007 (Recurso Especial n. 900458/RS. Ministro Relator Teori Albino Zavascki. DJ 13.08.2007).

Então, a colisão entre princípios se resolve pela ponderação. É senso lógico e proporcional a ser analisado caso a caso, o que se permite uma decisão de várias possíveis. É um sistema de escolha condicionada que permite a excelência no decidir, já que será proferida decisão que melhor resolveu o conflito social. Esta escolha será feita caso a caso e através da interpretação do fato na norma<sup>51</sup>.

## 5.1 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Diante da colisão entre uma regra e um princípio, qual prevalece?

Antes de adentrar no cerne da questão posta à apreciação mister uma breve noção histórica do instituto (princípio).

Vejam os.

Em relação ao princípio ele passou por três fases bem definidas: I – jusnaturalista; II – juspositivista; III – pós-positivismo

Passo à **primeira fase** (jusnaturalista).

---

<sup>51</sup> O interprete atua segundo a lógica da preferência, e não conforme a lógica da consequência: a lógica jurídica é a da escolha entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada. A norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. Por isso a alternativa verdadeiro/falso é estranha para o direito; no direito há apenas o aceitável, justificável. Daí porque afirmo que a problematização dos textos normativos não de dá no campo da ciência: ela se opera no âmbito da prudência (**Eros Grau**. Ensaio sobre a interpretação e aplicação do direito. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39).

Neste primeiro momento, o princípio não é fonte normativa. Não serve de parâmetro e muito menos como regra de julgamento. São simples axiomas jurídicos.

Nesta fase podemos encontrar o princípio como mero ideal de justiça. Nos dias atuais, poderíamos ver o princípio como a moral, de forma que deveria ser seguido ou não e, se não fosse, não haveria coercibilidade e nem punição. Para o direito não teria relevância nenhuma.

Passo à **segunda fase** (juspositivista.).

Neste segundo momento, os princípios passam a ter normatividade<sup>52</sup> e, portanto, ter relevância para o Direito, mas, como fonte supletiva de decisão da prestação jurisdicional. Aqui não podemos dizer que ele é principializante. Seria, no dizer de Ruy Samuel Espíndola (Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 58) como “*válvulas de segurança*” ou “*fontes integrativo quando ocorrerem vazios legais*”.

Neste período pretérito onde os princípios seriam aplicados de forma supletiva<sup>53-54</sup>, mormente, *em caso de ausência de regra jurídica* aplicável ao caso concreto poderia o magistrado se valer dos princípios. Este entendimento influenciou o legislador.

No estudo de direito comparado encontramos o princípio como fonte supletiva nos seguintes diplomas:

Se uma controvérsia não pode ser decidida segundo uma disposição legal, 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 (**art. 12 do Código Civil italiano**)

---

<sup>52</sup> Princípios como normas jurídicas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos encontráveis na ordem jurídica; consideradas normas de direito como gênero, do qual os princípios e as regras são espécies jurídicas. Essas colocações constituem apenas postulados dessa inovadora e progressista corrente do pensamento jurídico contemporâneo (...) é no direito constitucional que essa tendência ganhou prestígio e estabeleceu aprofundada e conseqüentes reflexões, com autores como Vézio Crisafulli, Robert Alexy, Eduardo Garcia de Enterría e José Joaquim Gomes Canotilho (**Ruy Samuel Espíndola**. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 28/29).

<sup>53</sup> Não são encarados como superiores à lei, mas delas deduzidos, para fins de suprir eventuais vazios normativos que não puderem prever. O valor dos princípios está no fato de derivarem da lei, e não de um ideal de justiça, o que torna altamente precária sua normatividade (Tiago Bomfim. Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 64).

<sup>54</sup> O conceito de princípio jurídico, a partir da década de cinquenta até os dias atuais, ensejou grandes estudos e reflexões no âmbito discursivo da Teoria do Direito. Autores como Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, entre outros, proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas muito superiores à das teses, até então consagradas, que defendiam uma mera posição subsidiária, uma auxiliar função integrativa na aplicação do direito (**Ruy Samuel Espíndola**. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27).

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 do direito (**art. 19 do Código Civil mexicano**)

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 do direito (**art. 16 do Código Civil argentino**)

Este entendimento foi acolhido na lei processual Pátria, mais precisamente no art. 126 do CPC. Não foi referido dispositivo trazido e elaborado inicialmente por Alfredo Buzaid, mais foi acrescido pela Lei n. 5925 de 1º de outubro de 1.973.

Eis a redação do art. 126 do Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/73):

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

Este caráter supletivo dos princípios conhecidos como postura positivista é encontrado, ainda, no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto n. 4657/42):

Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Igualmente, em relação ao caráter supletivo, artigo 3º do Código de Processo Penal (Decreto n. 3689/41):

A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Pela orientação positivista não teria qualquer utilidade a presente escrita, porque o princípio somente seria aplicado na ausência de regra jurídica expressa. Então, impossível a colisão entre eles. E se acaso houvesse regra e se aplicasse o princípio, isto não seria admitido, porque a aplicação dele decorre fora da hipótese autorizadora, qual seja, omissão legislativa.

Nos dias atuais ele não deriva da lei, mas, a lei é que deriva do princípio, tanto que serve de fundamentação de criação das regras, bem como, é mecanismo para se afastar regras conflitantes ou que se revelem injustas para determinado caso concreto. A perda de objeto do caráter supletivo dos princípios pode se extraída no §2º do art. 5º da CF/88:

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

Retiramos a mesma conclusão do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90):

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

Veja que o princípio não está sendo mais tratado como algo supletivo à lei.

Passo à **terceira fase** (pós-positivista)

No entanto, na atualidade estamos na fase pós-positivista, onde os princípios estão normativados, mas, não são fontes supletivas ou de integração, mas sim, como código de intenções e de interpretação e de aplicação do Direito em vista de seu fim, que é a justiça.

O princípio passa a ser a fonte primeira. Nesta fase, o princípio não deriva da lei, mas sim, do senso de justiça e ético; daquilo que vai sendo construído paulatinamente no tempo<sup>55</sup>.

Podemos dizer que o princípio de antes, era o último colocado e hoje passa a ser o primeiro colocado e, portanto, ao contrário do sistema positivista, diante do conflito entre regra e princípio, prevalece este<sup>56</sup>.

Na atualidade, fica incontestado de dúvidas que se a regra disser “sim” e o princípio dizer “não”, prevalecerá o “não”. Prevalecerá sempre o princípio quando em contradição com a regra, já que o acessório deve seguir o principal e o inverso não é verdadeiro<sup>57</sup>.

Não é por outra razão que preleciona **Celso Antônio Bandeira de Mello**:

violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma regra qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio

<sup>55</sup> Uma obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida (Ronald Dworkin. Los Derechos em Serio. Barcelona: Editorial Ariel, 1997, p. 100).

<sup>56</sup> Revela a importância dos princípios como norma jurídica que é plenamente possível diante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que seja levada para apreciação no recurso especial a suposta violação de um princípio “não positivado” no sistema jurídico. Podemos corroborar tal entendimento com pesquisa no STJ a respeito do princípio da proporcionalidade tendo como pretensão, a majoração ou minoração do *quantum* fixado a título de danos morais.

<sup>57</sup> O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de por em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e regras, no sentido de que vai daquelas para estas (Carlos Ari Sundfeld. Fundamentos de direito público. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143).

atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1996; p. 549)

Com a mesma clareza de sempre o mestre **Roque Antônio Carrazza** nos relata que:

O princípio jurídico-constitucional, em rigor, não passa de uma norma jurídica qualificada. Qualificada porque tendo, tendo âmbito de validade maior, orienta a atuação de outras normas, mesmo as de nível constitucional (...) mal comparando, acutilar um princípio constitucional é como destruir os mourões de uma ponte, fato que por certo, provocará seu desabamento. Já, lanhar uma regra corresponde a comprometer uma grade desta mesma ponte que, apesar de danificada, continuará de pé (Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 1.998; p. 38)<sup>58</sup>

Este critério pode ser encontrado em decisões do **STJ**. Veja-se:

O princípio da continuidade do serviço público, assegurado no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, diante a regra do art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes É indevido o **corte do fornecimento de energia elétrica** nos casos em que se trata de cobrança de débitos antigos e consolidados, os quais devem ser reivindicados pelas concessionárias por meio das vias ordinárias de cobrança, sob pena de se infringir o disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes (AgRg no Ag n. 962237/RS. Ministro Relator **Castro Meira**. DJU. DJ 27.03.2008).

A aplicação do **artigo 557, do CPC**, supõe que o julgador, ao isoladamente negar seguimento ao recurso ou dar-lhe provimento, confira à parte prestação jurisdicional equivalente a que seria concedida acaso o processo fosse julgado pelo órgão colegiado. 2. A *ratio essendi* do dispositivo, com a redação dada pelo artigo 1º, da Lei 9.756/98, visa desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que encerrem matéria controversa. 3. Prevalência do valor celeridade à luz do princípio da efetividade (AgRg no REsp 857173/RS. Ministro Relator Luiz Fux. DJ 03.04.2008). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 508.889/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3.<sup>a</sup> Turma, DJ 05.06.2006; AgRg no REsp 805.432/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2.<sup>a</sup> Turma, DJ 03.05.2006; REsp 771.221/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO

---

<sup>58</sup> No dizer de Geraldo Ataliba: “O sistema jurídico (...) se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras (apud Espíndola, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 165)”.

ZAVASCKI, 1.<sup>a</sup> Turma, DJ 24.04.2006 e; AgRg no REsp 743.047/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1.<sup>a</sup> Turma, DJ 24.04.2006).

A regra regimental que prevê a juntada das notas taquigráficas (**art. 103 do RISTJ**), teve sua incidência flexibilizada por este Tribunal, em nome do princípio da celeridade processual, com o intuito de evitar o atraso na publicação dos acórdãos. Por isso, a providência deixou de ser obrigatória, desde que entre os pronunciamentos orais e o conteúdo do acórdão embargado não haja discrepâncias, o que efetivamente não ocorre na hipótese. Embargos de declaração rejeitados (EDcl nos EDcl no REsp 900262/RJ. Ministra Nancy Andriighi. DJU DJ 17.03.2008).

A teor do Art. 112 CPC, a **incompetência relativa** deve ser argüida por exceção, cuja ausência conduz à prorrogação da competência (Art. 114, CPC). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mitigou o rigor técnico da norma e passou a admitir a argüição de incompetência relativa em preliminar de contestação, sob o argumento de que o defeito não passa de mera irregularidade, a ser convalidada com base no princípio da instrumentalidade. 3. Embora se trate de simples irregularidade, a argüição de incompetência relativa em preliminar de contestação só pode ser convalidada com base na regra da instrumentalidade se não resultar prejuízo à parte contrária (CC 86962/RO. Ministro Humberto Gomes de Barros. DJ 03.03.2008).

Igualmente no **TJMS**. Veja-se:

Nos casos em que não se procedeu com a **revisão geral anual** prevista no art. 37, X, da CF, não poderá o Poder Judiciário substituir o titular do referido poder revisional e impor ao Chefe do Executivo o encaminhamento de projeto de lei para a revisão pretendida, sob pena de desrespeito ao princípio constitucional de separação dos poderes (TJMS. Apelação Cível n. 2008.005033-9. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins).

Comprovando-se os embargantes que parte do imóvel objeto de construção judicial é de propriedade deles, em razão de sobreposição de área entre matrículas registradas no competente Cartório de Imóveis, a manutenção da sentença que julgou procedente o pleito autoral é medida que se impõe. Em se tratando de embargos de terceiro, os honorários advocatícios devem ser arbitrados conforme apreciação equitativa do juiz, ou seja, em quantia razoável que não penalize severamente o vencido, como também não avilte o trabalho desenvolvido pelo advogado. Cabe àquele que dá causa ao ajuizamento indevido, no caso, o embargado, arcar com os ônus da sucumbência, nos termos do que preconiza o princípio da causalidade (TJMS. Apelação cível n. 2004.003700-7. Des. Joenildo de Sousa Chaves)<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Na prática jurídica encontramos comumente o princípio como forma de afastar uma regra processual injusta para aquele determinado caso concreto. Veja-se: “*Se a parte manifesta interesse no prosseguimento do processo, mesmo vencido o prazo previsto no § 1º do art. 267 do CPC, cabe ao juiz, em atenção ao princípio da oficialidade, dar prosseguimento ao feito* (Apelação Cível n. 2008.003208-7. Des. Rubens Bergonzi Bossay)”. No mesmo sentido: “*Ante o princípio da instrumentalidade das formas,*

Assim, os princípios situam-se acima das regras e, portanto, prevalecem quando em conflito com elas<sup>60-61</sup>.

## 5.2 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIO E PRINCÍPIO

O primeiro ponto a ser registrado consiste em saber e fazer registrar se há hierarquia entre princípios.

Poderíamos indagar se: I - Os princípios gerais do direito prevalecem na interpretação em face dos princípios que não sejam gerais? II - Os princípios constitucionais prevalecem sobre os princípios não constitucionais? III - Os princípios fundamentais constitucionais prevalecem sobre os princípios constitucionais gerais ou setoriais<sup>62</sup>?

Teríamos a pirâmide jurídica principiológica?

## 5.3 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ENTRE CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAL

É de bom tom que abremos um parágrafo preliminar para registrar que há princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais.

---

*uma vez que a falta de intimação do requerido para se manifestar acerca de documentos colacionados aos autos pelo autor não lhe causou qualquer prejuízo, esta não implica em nulidade do ato (TJMS. Apelação Cível n. 2002.010777-8. Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli)”. Releva a função do princípio nestes casos como forma de atenuar o rigorismo da lei para determinado caso concreto.*

<sup>60</sup> É incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou vedada com os princípios. Quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios (Carlos Ari Sundfeld. Fundamentos de direito público. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143).

<sup>61</sup> Aproveitando a lição de Vicente Ráo (O Direito e a Vida dos Direitos, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 48) o desconhecimento dos princípios "*quando não induz a erro, leva à criação de rábulas em lugar de juristas*".

<sup>62</sup> Quando estou a falar em colisão de princípios constitucionais não estou a dizer que há hierarquia entre eles, sob pena de admitir que há norma constitucional inconstitucional (como equivocadamente defende Otto Bachof, Otto *in Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Almedina, Coimbra, 1994). Na verdade, para a solução jurídica posta à apreciação e, em caso de colisão entre eles, devemos adotar aquele que mais pesa no critério da proporcionalidade e, portanto, da importância dado pelo sistema em relação a alguns princípios. Há princípios que servem como "princípio" de novos princípios. Inclusive, há classificação feita por Carlos Ayres Britto em princípios fundamentais e princípios profundos. Estes são eternos e imutáveis e, portanto, servem de ponto de partida para a criação de princípios subsequentes. Então, sob o ponto de vista jurídico (epistemológico) não há hierarquia entre princípios constitucionais, no entanto, podemos dizer que sob o ponto deontológico há, sim, hierarquia dos princípios constitucionais, porque há uns que são mais importantes e, portanto, terão mais peso que outros na hora de dar a solução jurídica que a situação reclama.

Em relação ao princípio constitucional não podemos negar que eles se sobrepõem em relação aos demais princípios infraconstitucionais, já que a Constituição é inicializante e fundante, sob pena de negarmos pelas portas do fundo que a Constituição não tenha superioridade no sistema jurídico<sup>63\_64\_65</sup>.

No último tópico deste trabalho será firmada a questão da superioridade da Constituição como forma de corroborar o que se está a dizer.

Por enquanto não podemos negar a superioridade do princípio constitucional.

Assim e exemplificando, se o magistrado alegar a celeridade processual (art. 125 do CPC) para julgar antecipadamente a lide quando houver provas a serem produzidas, resta evidente que violado está o princípio do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º da CF/88).

Neste caso, o art. 125 do CPC não prevalece sobre o inciso LV do art. 5º da CF/88, porque a regra cede força quando em dissonância com o princípio.

Neste **segundo momento** cabe a análise se há maior peso na colisão entre princípios constitucionais. Entre eles podemos dizer que um pesa mais que o outro, quando da interpretação de um determinado caso concreto?

Creio que sim.

Entre eles há, sim, hierarquia e extraímos isto do próprio texto constitucional, mormente, no Título I (art. 1º a art. 4º). Veja-se:

#### TÍTULO I

##### Dos Princípios Fundamentais

---

<sup>63</sup> O sistema jurídico (...) se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras (Geraldo Ataliba. República e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 05).

<sup>64</sup> Princípios são encontráveis em todos os escalões da pirâmide jurídica. Assim, existe princípios constitucionais, princípios legais e até princípios infra legais, mas de todos, os constitucionais são os mais importantes (Roque Antônio Carrazza. Curso de direito constitucional tributário. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 28).

<sup>65</sup> Acolhendo a hierarquia entre princípios constitucionais e infraconstitucionais: **Flávio Galvão** (Sistema. Hierarquia de normas e princípios constitucionais no Direito. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 03, n. 13, outubro/dezembro, p. 80); **José Souto Maior Borges** (Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. Revista Trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, n. 01, 1993).

**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

**Parágrafo único.** Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

**Art. 2º** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

**Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

**Art. 4º** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

**Parágrafo único.** 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.

Podemos extrair referida premissa (diversidade de dimensão e de peso entre princípios constitucionais) da própria Constituição brasileira onde no Título I lhe dá o nomen jûris de “**Princípios Fundamentais**”<sup>66</sup>.

Sendo fundamentais não podem estar no mesmo pé de igualdade, caso contrário, não seriam fundamentais. Como há instituto que é o fundamento sem que seja o fundamento? Fundar significa a base, o principal. Ocorre que é regra geral no nosso sistema que o acessório segue a sorte do principal, de forma que os princípios não fundamentais (acessório) devem obediência aos fundamentais (principal).

Para **José Souto Maior Borges** ao tratar dos princípios fundamentais:

Uma hierarquia no inter-relacionamento desses princípios com outras normas da CF e, sobretudo com outros princípios constitucionais que põe a lume a maior importância dos seus princípios fundamentais no confronto com outros princípios do direito constitucional, (...) a base empírica da ciência dogmática corrobora a proposta doutrinária pela hierarquização dos princípios (Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. Revista Trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, n. 01, 1993)<sup>67</sup>.

Além dos princípios fundamentais expressos no Título I da Constituição brasileira há, ainda, os **princípios fundamentais implícitos** na CF/88, tais como: princípio da supremacia da Constituição – princípio da unidade da Constituição – princípio da interpretação conforme a Constituição – Princípio da continuidade da ordem jurídica (ao entrar em vigor a lei fundamental revoga as normas infraconstitucionais anteriores e recepciona as demais que lhes forem compatíveis)<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Luis Roberto Barroso (Interpretação e aplicação da constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 173) cita como princípios fundamentais: I – republicano (art. 1, Caput); II – federativo (art. 1, Caput); III – estado democrático de direito (art. 1, Caput); IV – separação de poderes (art. 2); V – presidencialista (art. 76); VI – livre iniciativa (art. 1, inciso IV).

<sup>67</sup> No mesmo sentido: **Ivo Dantas** (Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lumen jûris, 1995, p. 60)

<sup>68</sup> Em relação à admissão dos princípios implícitos fundamentais: Luis Roberto Barroso (Interpretação e aplicação da constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141).

Desta interpretação podemos concluir que há dimensão de peso diversa entre princípio constitucional fundamental e outro princípio constitucional que não seja fundamental (princípios gerais<sup>69</sup> e princípios setoriais<sup>70</sup>)<sup>71-72</sup>.

Veja-se, **caso de colisão entre princípios constitucionais**.

Não podemos excluir o Preâmbulo da Constituição como norma constitucional e, também, integrante dos princípios fundamentais já que cercada de forte carga principiológica e como norma de superposição. Assim, os **movimentos sociais** dos “Sem Terra” sustentam que estão exercendo o princípio da função social da propriedade e, também, um direito social.

No entanto, eles perdem a legalidade de suas invasões por violarem o Preâmbulo da Constituição, mais precisamente na parte que prega a “a solução pacífica dos conflitos”.

Neste caso, a colisão entre o princípio da função social da propriedade (princípio constitucional geral) não prevalece sobre o princípio constitucional fundamental (Preâmbulo da Constituição).

Em relação à mesma interpretação a respeito da colisão de dois princípios constitucionais, sendo um fundamental e outro geral, podemos extrair o seguinte exemplo: é certo que há princípio constitucional geral que prevê a **prisão civil do depositário infiel**, no entanto, o art. 4º da CF/88 traz princípio fundamental da prevalência dos direitos humanos e o art. art. 3º da CF/88 prega como objetivo fundamental uma “sociedade livre”.

---

<sup>69</sup> Luis Roberto Barroso (Interpretação e aplicação da constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 174) dá os seguintes exemplos como princípios constitucionais gerais (princípios definidores de direitos): I – art. 5; II – art. 18.

<sup>70</sup> Luis Roberto Barroso (Interpretação e aplicação da constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 174) exemplifica os princípios setoriais (conjunto de normas que se aplicam a específico tema – delimitado – por vezes são detalhadamente de normas gerais): I – legalidade tributária e penal; II – anterioridade tributária; III – imprescindibilidade do concurso público para a administração pública; IV – art. 37 Caput; V – princípio da prestação de contas (art. 70, parágrafo único).

<sup>71</sup> Para **Ivo Dantas** (Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lumen júris, 1995, p. 60) os princípios constitucionais seriam apenas dois: fundamentais e gerais. Ele não menciona o setorial.

<sup>72</sup> Não termos problema de interpretação em relação aos princípios infraconstitucional que seja decorrente da própria constituição, assim como acontece com o princípio da celeridade (art. 125 do CPC) e princípio da efetividade processual (inciso LVXXVIII do art. 5º da CF/88) ou princípio da boa fé processual (art. 14 c.c. art. 16 c.c. art. 18) e da presunção de inocência (inciso LVII do art. 5º da CF/88) ou princípio da identidade física do juiz (art. 132 do CPC) e do princípio constitucional do juiz natural (inciso LIII do art. 5º da CF/88) Nestes casos, onde o princípio infraconstitucional constitui a *longa manus* do princípio constitucional não há problemas e relevância para a solução dos conflitos diante da inexistência de antinomia imprópria.

Assim, com base no artigo 7º (7) da Convenção Americana c.c. art. 5º, §3º da CF/88 não restam dúvidas que a interpretação a prevalecer é o da não prisão civil do depositário infiel.

No estudo de direito comparado verifica-se que a Constituição brasileira seguiu a tendência mundial, ou seja, não afastou a possibilidade de prisão civil por dívida, relegando tal responsabilidade à legislação ordinária, no entanto, nos resta apenas a prisão civil do devedor de alimentos, tão somente. Nesse mesmo sentido a Constituição chilena<sup>73</sup>, a espanhola<sup>74</sup>, a italiana<sup>75</sup>, a japonesa<sup>76</sup>, a portuguesa<sup>77</sup> e a venezuelana<sup>78</sup>.

No estudo de direito comparado, em vários países há regra constitucional expressa em não admitir a prisão civil.

Esta tem sido a tendência mundial. Para estas Constituições prevalece a liberdade pessoal em face do direito patrimonial do credor. Isto acontece na Constituição do México<sup>79</sup>, do Paraguai<sup>80</sup>, da Suíça<sup>81</sup>, do Uruguai<sup>82</sup>. A Constituição peruana somente permite a prisão civil do devedor de alimentos<sup>83</sup>.

---

<sup>73</sup> Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas: (...) 7º - El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: (...) b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino los casos y en la forma determinada por la Constitución y las leyes."

<sup>74</sup> Art. 17, 1: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley."

<sup>75</sup> Art. 13: "A liberdade pessoal é inviolável. Não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perseguição e, tampouco, qualquer outra restrição da liberdade pessoal, a não ser por determinação da autoridade judiciária e unicamente nos casos e formas previstos pela lei."

<sup>76</sup> Art. 33: "Ninguém será privado da vida ou da liberdade, nem nenhuma pena criminal será imposta, a não ser de acordo com o processo estabelecido em lei."

<sup>77</sup> Art. 27: "1 – Todos têm direito à liberdade e à segurança. 2 – Ninguém pode ser total ou parcialmente privado de liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança."

<sup>78</sup> Art. 60: "(...) 2º - ninguém poderá ser privado de sua liberdade por obrigações cujo inadimplemento não tenha sido previamente definido como delito ou falta pela lei."

<sup>79</sup> Art. 17: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. (...)."

<sup>80</sup> Art. 64: "Nadie puede ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiera sido juzgado anteriormente, ni privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta. No se admite la prisión por deuda."

<sup>81</sup> Art. 59: "(...) 3 – É abolida a prisão por dívidas."

<sup>82</sup> Art. 52: "(...) Nadie podrá ser privado de su libertad por deudas."

<sup>83</sup> Art. 2º: "Toda persona tiene derecho: (...) 20 – A libertad y seguridad personales. En consecuencia: (...) c) no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios."

Neste caso, prevalece a não prisão por dívidas que não seja alimentar (art. 4º c.c. art. 3º c.c. art. 5º, §3º todos da CF/88 c.c. artigo 7º (7) da Convenção Americana), uma vez que há prevalência entre o princípio fundamental sobre o geral.

Outro caso de colisão de princípios constitucionais.

Veja-se.

As testemunhas de Jeová têm como convicção religiosa que o ato de transfusão consiste em pecado e, portanto. Neste caso em caso de transfusão de sangue por urgência e risco de vida, a colisão entre o princípio da liberdade religiosa (inciso VI do art. 5º da CF/88) e o direito do à vida (art. 5º da CF/88).

Podemos exemplificar em relação ao **regime de mutirão** para julgamento por magistrados de processos outros que não aqueles que realizaram a audiência de instrução de julgamento. Aqui estaria em conflito o princípio infraconstitucional da identidade física do juiz (art. 132 do CPC) e do princípio constitucional do juiz natural (inciso LIII do art. 5º da CF/88) com o princípio da efetividade processual (inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88). Qual deve prevalecer?

O **STJ** tem sustentado esta prevalência em relação à **medicação** pelo Estado. Veja-se:

A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados (Recurso Especial n. 869843/RS. Ministro Relator Luiz Fux. Primeira Turma. Unânime. DJ 15.10.2007).

Não temos dúvidas em afirmar que deve prevalecer o princípio da efetividade processual. Primeiro, porque o princípio constitucional da efetividade processual prevalece sobre o princípio da identidade física do juiz (infraconstitucional).

No entanto, questão que se coloca é saber qual deve prevalecer entre os princípios constitucionais, ou seja, o do juiz natural ou da efetividade processual?

Ambos são princípios gerais.

Aqui devemos nos ater ao critério da ponderação, já que estamos diante de dois princípios que se encontram no mesmo pé de igualdade. Então, devemos analisar o caso concreto para dar a solução jurídica que a situação reclama.

Não tenho dúvidas em afirmar que a ponderação deve acolher a efetividade processual, já que visa agilizar a prestação da tutela jurisdicional e, portanto, com forte benefício ao meio social.

Até porque, há muito tempo, desde 1995, através da Lei n. 9.099/95 que a atividade jurisdicional está sendo apreciada e julgada por quem não integra o Judiciário, que consiste a figura do juiz leigo no microsistema. Então, utilizando a interpretação *a fortiori*, se a decisão do Judiciário está sendo realizada por pessoa outra que não o magistrado, qual a razão de ser de impedir o julgamento por “juiz” outro que não aquele que participou da audiência de instrução e julgamento?

Veja o sobrepeso da efetividade processual sobre o do juiz natural.

Podemos exemplificar, também, em relação à colisão de princípios em relação à internet, mais precisamente, se pode ser considerada como prova para **justa causa o e-mail enviado pelo empregado** e que utiliza computador de empresa no horário de expediente para envio de mensagens eletrônicas fora do contexto laboral.

Neste ponto temos dois pontos: o direito de fiscalização e de propriedade do empregador e o direito à privacidade do empregado. O primeiro amparado na legislação infraconstitucional (CLT), bem como, no direito de propriedade do empregador (já que pode ser chamado a indenizar pelos prejuízos causados pelo empregado), bem como no direito à imagem da empresa e o segundo, também, na Constituição brasileira.

O Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo entendeu que prevalece o direito de privacidade do empregado sobre o poder de fiscalização do empregador (Processo TRT/SP nº 2000034734-0 - Recurso Ordinário da 37 Vara de Trabalho de São Paulo - Rito Sumaríssimo):

“Justa Causa. *E-mail* caracteriza-se como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5º, inciso VIII). Um único “*e-mail*”,

enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido.”

A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) reconheceu o direito do empregador de obter provas para justa causa com o rastreamento do e-mail de trabalho do empregado.

Ficou registrado no voto que o empregador pode exercer, "de forma moderada, generalizada e impessoal", o controle sobre as mensagens enviadas e recebidas pela caixa de e-mail por ele fornecidas, estritamente com a finalidade de evitar abusos, na medida em que estes podem vir a causar prejuízos à empresa, disse o relator, ministro João Oreste Dalazen. Esse meio eletrônico fornecido pela empresa, afirmou, tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho. Dessa forma, a não ser que o empregador consinta que haja outra utilização, destina-se ao uso estritamente profissional.

Dalazen enfatizou que o correio eletrônico corporativo não pode servir para fins estritamente pessoais, para o empregado provocar prejuízo ao empregador com o envio de fotos pornográficas, por meio do computador e provedor também fornecidos pela empresa.

De acordo com o TRT, a empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, "porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail não poderia ser utilizado para fins particulares". O ministro Dalazen registrou o voto revisor do juiz Douglas Alencar Rodrigues, do Tribunal Regional, no qual ele observa que "os postulados da lealdade e da boa-fé, informativos da teoria geral dos contratos, inibiriam qualquer raciocínio favorável à utilização dos equipamentos do empregador para fins moralmente censuráveis", ainda que no contrato de trabalho houvesse omissão sobre restrições ao uso do e-mail.

Podemos concluir pelo entendimento do TST que ele faz diferenciação entre o e-mail corporativo (sem privacidade e com dever de fiscalização nos termos do art. 482 da CLT) e o particular (este com prevalência do direito à privacidade)<sup>84</sup>.

Outros países, como Argentina, Egito, Índia e Itália, apesar de não possuírem leis específicas, tal qual o Brasil, tendem a aceitar o monitoramento nas mesmas condições, ou seja, com o prévio conhecimento e consentimento do empregado.

---

<sup>84</sup> No Reino Unido, a lei denominada "Regulation of Investigatory Powers Act", também de 2000, permite o monitoramento para prevenção de crimes e para a proteção da saúde pública. A Lei de Proteção de Dados de 1998 ("Data Protection Act") estabelece que o empregador pode monitorar os e-mails dos empregados quando houver reais necessidades empresariais e desde que os métodos adotados sejam razoáveis e não ofensivos.

Nota-se, destarte, que a tendência mundial é conciliar os direitos fundamentais dos empregados (intimidade – art. 5º, X da CF/88) com os direitos de propriedade e direção do empregador. A maneira mais eficaz de equilibrar ambos os interesses é através da instituição de uma clara Política de Utilização e Monitoramento de e-mail e acesso à Internet, que nada mais é que o exercício do poder de organização do empregador.

Sua função é estabelecer regras e limites para a utilização não só do e-mail e da Internet, mas de qualquer outro recurso tecnológico disponibilizado ao empregado.

Interessante neste caso é que o princípio da privacidade foi utilizado pelo Tribunal, não para afastar por completo a aplicação da CLT, mas sim, para ponderar sua interpretação, já que admite a relativização do princípio da privacidade, mas com reservas ou de forma condicional.

No entanto, não deixa o princípio de prevalecer sobre a regra, porque aqui o vemos como um verdadeiro princípio (partindo-se dela para a melhor interpretação da regra).

Como solucionar a liberdade de expressão em relação aos **Spam** enviado via e-mail e o direito à privacidade do internauta?

No Brasil, as normas de proteção de dados pessoais inserem-se tanto no nível constitucional quanto no infra-constitucional. No primeiro caso, deve ser destacado, como norma de proteção irrestrita, o inciso X do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual são “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

No segundo, é de ser ressaltado o art. 21 do Código Civil de 2002 – sem correspondente com o anterior Código de 1916:

“A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Ademais, tal direito é preocupação mundial, conforme podermos aferir do art. 12 da Declaração de Direitos Humanos da Assembléia-Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948:

“Ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

De outro lado, para o comerciante que envia a propaganda eletrônica se assenta na liberdade de expressão que tem assento, também, constitucional.

Então, como conciliar esta colisão? A melhor forma é aplicar a ponderação, ou seja, que seja permitido o envio de Spam, mas de forma controlada e condicionada. Assim, ambos os princípios constitucionais estariam sendo ponderados.

Esta ponderação está contida Projeto de Lei nº. 2186/2003 (Deputado Ronaldo Vasconcelos):

- a) Permite o envio de spam uma única vez sem sendo vedada a qualquer título a repetição, salvo com o consentimento do consumidor;
- b) A repetição sem consentimento configura ilícito: I – penal (detenção de 06 meses a 02 anos); II – civil (multa de R\$ 200,00 por mensagem sendo acrescida em 1/3 em caso de reincidência);

Há crítica ao Projeto já que no art. 1º atrela o spam ao envio de mensagens veiculada por “rede de computadores”. Ora, a internet já evoluiu e se faz presente nos celulares e *palms*. No entanto, já podemos dizer que é um avanço e a ponderação se faz presente na referida norma de conduta do cyberspaço.

#### **5.4 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS**

Com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, não há meio princípio como não há meia nulidade (o ato ou é ou não é), salvo conforme já dito em relação aos princípios constitucionais. Mas ainda assim, não falamos em hierarquia dos princípios constitucionais, mas sim, maior peso que serve de norte na aplicação da ponderação a ser feita ou no acolhimento de um deles apenas, pela aplicação da proporcionalidade.

Podemos utilizar analogia para fins metodológicos para dizer que a ciência exata não admite meio termo. Assim, nas cadeiras do ensino fundamental qualquer acréscimo ou minoração do resultado, por mais que fosse de centésimos levava a exclusão da nota por erro de cálculo. Podemos dizer, então, que dois será quatro (sempre).

Aqui podemos afirmar com base em tais premissas que o princípio é princípio e, portanto, será princípio e, como tal, irradiará os efeitos que lhes são próprios.

Assim, o princípio será um princípio e, portanto, estão no mesmo plano hierárquico, de forma que o princípio geral de direito se encontra em pé de igualdade com o princípio que não seja geral de direito. Havendo dúvida na aplicação deles deve haver a possibilidade da ponderação ou do afastamento de um deles. Mas isto deve ser analisado caso a caso.

Impossível dizer que um princípio seja mais importante que outro sem que analisemos o caso concreto.

No dizer de **Thiago Bomfim**:

A ponderação, critério utilizado para a aplicação dos princípios, busca estabelecer o grau de importância de cada um dos princípios contrapostos, visto que não se pode afirmar que exista qualquer critério que permita se afirmar a superioridade de um princípio sobre outro (Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 46, nota de rodapé n. 51)<sup>85</sup>

Estou a dizer que *não há hierarquia*, mas não significa dizer que tenham o mesmo peso. A depender do caso concreto um princípio pode ser gordinho e outro por demais magrinho. Não temos dúvidas que o de maior peso pesará nos pratos afilados da balança e este peso será preponderante para dizer qual princípio prevalecerá diante dos demais em rota de colisão.

O critério de aplicação do princípio se resume na ponderação e, portanto, em havendo critérios de hierarquia ele perderia um pedaço de sua essência (abstração); dentro de cada caso devemos buscar o princípio que melhor se enquadre ao caso posto à apreciação, onde para um caso prevalecerá um princípio e para outro caso análogo outro princípio.

Talvez o princípio de menor peso para um caso concreto seja de maior peso para outro caso análogo. Porque isto? Porque ele não é estático, mas sim, ele se amolda à decisão mais justa para um determinado caso posto à apreciação. Aqui encontramos a característica da abstração.

Podemos dizer que o princípio tem o efeito sanfona.

Pensemos no caso do devedor contumaz que tenta se livrar da prisão civil pela alegação da dignidade da pessoa humana. Neste caso, não temos dúvidas que apesar de lhe estar assegurada a dignidade da pessoa humana vai prevalecer

---

<sup>85</sup> Podemos encontrar na doutrina os que defendem a não hierarquia entre princípios, de forma que o princípio prevalente para um dado caso concreto, talvez não seja o prevalente para outro caso análogo: **Floriano P. de Azevedo Marques Neto** (O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para uma solução. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 03, n. 10, janeiro/março, 1995, p. 40)

o direito de propriedade do credor. No entanto, será que diante do fiador gravemente enfermo este princípio justificaria a prisão domiciliar ou, o pedido de não prisão<sup>86</sup>.

Claro que não.

Veja então, que a ponderação significa análise de caso a caso, de forma que um mesmo princípio possa prevalecer numa situação e não prevalecer em outra, diante do caso posto à apreciação.

A título de ilustração da ponderação, a dignidade da pessoa pode ser aplicada tanto para o réu na ação de investigação de paternidade para se escusar a não fazer prova contra si mesmo quanto para o autor, a fim de este exercer o direito à filiação. Observe que o mesmo princípio está sendo chamado para atuação para duas situações antagônicas. Aqui deve haver a ponderação de forma que sejam pesados nos pratos afilados da balança os direitos envolvidos, de forma que a interpretação do mesmo princípio beneficie somente um deles.

A ponderação deste caso fenomênico na prática jurídica perdeu objeto diante da redação dada ao art. 231 e art. 232, ambos do Código Civil:

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Mas, ainda que não houvesse esta regra, não tenho dúvidas que a interpretação favorável da dignidade da pessoa humana se voltaria para o autor na ação de investigação e, não, para o pai, porque é assente entre nós que: “ninguém pode se beneficiar com a própria torpeza”.

## **6. INTERPRETAÇÃO VERSUS CONSTRUÇÃO**

Conforme visto no item anterior, se em choque e em tensão dois princípios e, um deles sendo constitucional, prevalecerá o princípio constitucional. Volto a repetir que somente em caso de colisão.

Não colisão eles se completam e se aliam para corroborar determinada decisão judicial.

---

<sup>86</sup> Importante ressaltar que o critério da ponderação será requerido não necessariamente quando houver um conflito entre dois ou mais princípios apenas. Pode-se admitir, por exemplo, o confronto entre varias interpretações de um mesmo princípio, que precisam ser ponderadas (Tiago Bomfim. Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 51).

Aqui se abre um parêntese para explicar porque em caso de choque, o princípio constitucional deve prevalecer sobre o princípio que não seja constitucional.

Grosso modo podemos dizer que se a Constituição se encontra no ápice da pirâmide e se na pirâmide encontramos o sistema jurídico e este é composto de regras e princípios, então, na ponderação entre os princípios, os constitucionais prevalecem sobre os demais<sup>87</sup>.

Se não for assim, estaríamos pelas portas do fundo negando a hierarquia constitucional.

A questão que fica é se a interpretação a ser feita da Constituição (regras e princípios) é a mesma regra da interpretação da legislação infraconstitucional. Possuem o mesmo critério interpretativo a ser utilizado pelo exegeta?

Para parte da doutrina há diferenciação entre a “interpretação” e “construção”. Ambas são espécies da hermenêutica jurídica.

A interpretação seria a atividade de revelar o sentido e alcance de norma infraconstitucional e a construção seria a atividade de revelar o sentido e alcance de norma constitucional. Esta diferenciação serve para chamar a atenção numa particularidade, ou seja, que as Constituições são compostas de normas principiológicas, abertas e, portanto, portadora de alto grau de abstração.

As normas constitucionais se aplicam às situações não imagináveis e, que, por via de consequência, por vezes, não se encontra no texto expresso da Lei Maior. A criatividade para sua aplicação a casos fenomênicos é em maior grau que a norma infraconstitucional, já que ela aponta para um caso mais exato, tangível e imaginável.

#### No dizer de **Thiago Bomfim**:

Enquanto interpretar significa encontrar o possível o possível sentido de qualquer expressão, a construção seria tarefa de tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto, colhendo conclusões no espírito e, não, na letra da norma (Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 25)<sup>88</sup>:

Para título de exemplificação ao deparamos com o inciso II do art. 82 do Código de Processo Civil que prega uma parcela das hipóteses legais em que o

---

<sup>87</sup> Inclusive podemos realizar a pirâmide da seguinte forma (sem firmar hierarquia entre princípios constitucionais): I – princípio constitucional fundamental; II - princípio constitucional geral; III - princípio constitucional setorial; IV – princípio infraconstitucional; V – regras.

<sup>88</sup> Mesmo critério por Luis Roberto Barroso. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 103.

*Parquet* deve atuar como fiscal da lei ou *custos legis* registramos a ausência da união estável, apesar de mencionar o casamento.

Na interpretação a ser feita, deve ela se amoldar neste fato previamente apontado pelo legislador, qual seja, prescindibilidade ou imprescindibilidade de atuação do órgão ministerial nas ações em que se discute união estável.

Este é o fato a ser alvo de análise pelo interprete.

De outra feita, em relação à norma constitucional as situações fenomênicas são imagináveis; não estão prefixadas para determinado fato social.

Pensemos no caso do princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio pode ser aplicado tanto na área criminal para o acusado quanto para a área cível, para a vítima do crime daquele mesmo criminoso.

Numa ação de investigação de paternidade tanto o autor pode invocá-lo quanto o réu (a fim de se abster de fazer prova de DNA). Por esta razão, o referido princípio constitucional constrói caso a caso as hipóteses de sua atuação.

Em suma: se indagarmos para alguém qual o alcance de norma infraconstitucional bastará ele ler friamente sua redação.

Então, a teoria da mora se aplica para aquela situação onde na relação negocial, uma das partes não cumpre sua obrigação. Este é o fato prefixado de atuação da presente norma. Se perguntarmos para o mesmo aluno qual a aplicação do princípio constitucional da igualdade, ao ele ler o inciso II do art. 5º da CF/88 nada encontrará. Para tanto deverá analisar o fato social, jurisprudência e o caso posto à apreciação para que possa dar uma determinada resposta.

Eis a relevância na terminologia “interpretação” e “construção”.

Assim sendo, o método de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais não pode ser realizada como se fossem a mesma coisa. Ora, eles possuem diferenças e, portanto, apesar do método interpretativo de uma se encaixar noutra, não podemos aceitar que isto seja sempre possível e absoluto<sup>89</sup>.

Aproveitando a lição do ministro Carlos Ayres Britto:

---

<sup>89</sup> A interpretação constitucional, portanto, embora utilize técnicas interpretativas tradicionais, possui, também, princípios próprios e apresenta complexidades inerentes ao seu texto. Entretanto, por força da necessidade de render as devidas homenagens ao princípio da unidade da ordem jurídica, isso não a separa da interpretação geral do direito, pois, como nos lembra Barroso, existe uma conexão inafastável entre a interpretação constitucional e a interpretação das leis, de vez que a jurisdição constitucional se realiza, em grande parte, pela verificação da compatibilidade entre a lei ordinária e as normas da Constituição (**Thiago Bomfim**. Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 44).

Ora, se estamos assim a nos comprometer com o acerto da proposição de que existe uma especificidade hermêutico-constitucional, é claro que essa peculiaridade exegética só pode advir do fato de ser a Constituição uma realidade normativa que se marca por traços ontológicos próprios (...) é por se peculiarizar perante o Direito em geral (e como!) que a Magna Lei justifica e exige para si uma metódica hermenêutica também peculiarizada (Teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 146)

É certo que a forma de se realizar a hermenêutica será a mesma seja para a Constituição seja para a legislação infraconstitucional, ou seja, aplicaremos a interpretação sistemática, teleológica, histórica, gramatical etc. O Diferencial está no fato de que parara efetivá-los, não poderemos deixar de observar certos elementos especializantes que se aplicam no campo constitucional (somente isto)<sup>90</sup>.

## 6. ELEMENTOS ESPECIALIZANTES DA CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme dito, há um *plus* para que possamos extrair o conteúdo e dar solução jurídica a um caso concreto quando fundado em norma constitucional, porque dotado de especialidade. O que nos cabe neste último ponto é a análise destes *plus*.

A análise do porque deste tratamento diferenciado.

Vejamos.

Então, já sendo sabedores que a Constituição por conter, por assim dizer, elementos especializantes exige que para a construção e efetivação da hermenêutica levemos em conta alguns critérios: I – a hierarquia constitucional; II – a natureza da linguagem da norma constitucional; III – o seu conteúdo específico e próprio.

### 6.1 HIERARQUIA CONSTITUCIONAL

O primeiro elemento especializante é a hierarquia constitucional (superlegalidade ou supremacia).

Se a Constituição ocupa o topo da pirâmide e se sobressai a construção, não podemos fazer prevalecer uma lei infraconstitucional em detrimento de norma

---

<sup>90</sup> O chamado princípio da unidade da Constituição parece em nada se diferenciar daquilo que há pelo menos século e meio se vem Chamando de 'interpretação sistemática'. Isso pode não o invalidar como idéia guia para a interpretação constitucional, mas acaba com a pretensão de exclusividade e, mais além, com a pretensão de rompimento com a chamada interpretação jurídica clássica. O chamado princípio da unidade da constituição é, ao contrário, uma reafirmação de um dos cânones clássicos de interpretação e a confirmação de que ele também vale no âmbito constitucional (Virgílio Afonso da Silva. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico *in* Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127).

constitucional. Este elemento na construção é de suma importância, sob pena de ao efetivar a hermenêutica darmos preferência à norma infraconstitucional.

Em sendo assim, a Constituição seria como simples folha de papel ou amontoado de letrinhas desprovidas, todas elas, de qualquer eficácia<sup>91</sup>.

Aqui encontramos o fundamento para extrair a idéia de que os princípios constitucionais não podem estar no mesmo plano e em pé de igualdade dos princípios infraconstitucionais. Aqueles devem prevalecer quando em rota de colisão com estes.

---

<sup>91</sup> É justamente essa supremacia que confere à Constituição o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido (**Thiago Bomfim**. Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 45).

Então, o descompasso entre a norma infraconstitucional e constitucional leva à prevalência desta e aquela perde sua eficácia<sup>92-93-94-95-96-97</sup>.

#### Daqui que surge o sistema como pirâmide.

O que significa dizer que nosso ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas dispostas hierarquicamente com se fosse uma pirâmide, ou seja, das normas inferiores às normas superiores, deve-se obediência à Constituição Federal. Forma-se, assim, a hierarquia constitucional, de forma que todas as leis (em

---

<sup>92</sup> É certo que a lei tem a característica da imperatividade e generalidade e a presunção de que corresponde ao senso médio da justiça, que esta se atrela umbilicalmente ao costume de determinado lugar. Mas, não está fora do mundo fenomênico o fato da existência de leis que não representam este senso médio, mas sim, legiferação em benefício de alguns (mormente, de poucos ou de grupos) em detrimento de muitos (nós, os pebleus). Esse mecanismo da hierarquia constitucional é poderoso instrumento e mecanismo para o que Judiciário possa afastar uma disposição infraconstitucional seja para o caso concreto seja para toda Nação. Então, podemos dizer que este sistema garante a efetivação da justiça pelo Judiciário diante da legiferação puramente política e injusta do legislativo e executivo. Consiste em garantia para o povo brasileiro.

<sup>93</sup> Se, não, a mais, pelo menos, uma das leis políticas que há no nosso sistema jurídico consiste na Lei n. 9.494/97, onde gritantemente traz benefícios somente e, tão somente, para o Poder Público (alguns benefícios justificáveis e outros não). Para se ter uma idéia, o artigo 1º desta lei traz, para algumas hipóteses, a proibição de concessão de tutela antecipada (e de toda e qualquer tutela de urgência) em face do Poder Público. Mas apesar de permitir em algumas hipóteses a concessão de tutela antecipada, no artigo 2º-B ela expressamente veda a execução provisória antes do trânsito em julgado, ou seja, de nada adianta a concessão da tutela de urgência se não pode ser alvo de execução provisória. Seria como ganhar, mas não levar. Observe a redação do art. 2º-B da Lei n. 9.494/97: “*A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado*”

<sup>94</sup> O pleno do TJMS através do AgRg n. 2006.012569-2 e com o voto condutor do Revisor, Desembargador Paulo Alfeu Pucinelli modificou seu entendimento e afastou a aplicação do art. 2-B por vários fundamentos, mas o primeiro deles, porque entendeu que referido dispositivo legal era inconstitucional; com este entendimento determinou a execução provisória, qual seja, a inserção na folha de pagamento dos impetrantes (funcionários públicos) do adicional de função que teria sido ilegalmente extinto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

<sup>95</sup> O fundamento pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2º-B da Lei n. 9.494/97 foi que Emenda Constitucional n. 31/2001 vedou, taxativamente, a edição de medidas provisórias sobre certas matérias, que não se ajustavam ao seu caráter precário e excepcional, entre as quais as relativas a direito penal, direito processual penal e *direito processual civil* (art. 62, § 1º, alínea “a”). Veja-se então, que esta antinomia entre Medida Provisória n. 2.180, em 24 de agosto de 2001 e o art. 62, § 1º, alínea “a” da Constituição federal e levando se em contra a hierarquia constitucional leva à prevalência da Lei maior de forma a retirar efeitos da referida legiferação pelo Executivo e, portanto, da prescindibilidade do trânsito em julgado para a produção dos efeitos da decisão do Tribunal, que determinou inclusão da parcela denominada vantagem pessoal na base de cálculo do adicional de função.

<sup>96</sup> Mas este mecanismo de se afastar lei infraconstitucional (lei injusta) pela aplicação do princípio da hierarquia, porque não rara vezes (e aqui estaremos diante da atrofia deste mecanismo) “acaba o tiro saindo pela culatra”, porque acaba por se afastar uma lei justa. Isto aconteceu em afastar a aplicação da Lei da Maria da Penha, por entender como violadora da igualdade constitucional (inciso I do art. 5º da CF/88).

<sup>97</sup> Outra atrofia utilizada politicamente está na utilização de declaração de constitucionalidade de uma determinada lei de forma a impedir que haja discussão a respeito dela, já que o efeito de sua declaração positiva gera efeitos *erga omnes* e possível de reclamação do STJ em face de Magistrado que não a

sentido amplo) devem se adequar à norma maior (Constituição) sob pena de serem retiradas do ordenamento jurídico.

Isto forma a famosa “pirâmide jurídica” ou a compatibilidade vertical entre a Constituição e todas as demais leis infraconstitucionais. Assim, os contratos e os atos administrativos (decreto, regulamento, portaria, regimento) devem obediência às leis (artigo 59 da Constituição Federal) e as leis devem obediência à Constituição<sup>98</sup>

É o que, com palavras bem mais precisas e elegantes, tem ensinado o mestre Celso Ribeiro Bastos, ao analisar a questão da “*inicialidade fundamentante*” das normas constitucionais.

Considerada dessa maneira, a Constituição é a referência obrigatória de todo o sistema jurídico.

Observe os ensinamentos de **Gomes Canotilho e Vital Moreira** a respeito do tema:

"A Constituição ocupa o cimo da escala hierárquica no ordenamento jurídico. Isto quer dizer, por um lado, que ela não pode ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, que todas as outras normas hão de conformar-se com ela. A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela (Fundamentos da Constituição. Coimbra: Ed. Coimbra, 1ª ed., 1991; página 45)".

Veja a observação de **Kelsen** a respeito da superioridade constitucional:

"a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situado umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos, é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora (Teoria Pura do Direito. Coimbra: Ed. Armênio Amado, 4ª ed., tradução de João Baptista Machado, 1979 p. 310)".

Um ponto é certo: a Constituição é o complexo de normas fundamentais de um dado ordenamento jurídico, ou a ordem jurídica fundamental da comunidade, como

---

respeitou.

<sup>98</sup> normas de diferentes valores, ocupando cada norma uma posição intersistemática, formando um todo harmônico (Arnaldo Vasconcelos. *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª ed. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 12).

diz Konrad Hesse (*Escritos del Derecho Constitucional*, p. 17), acrescentando, ainda, que:

"a Constituição estabelece os pressupostos da criação, vigência e execução das normas do resto do ordenamento jurídico, determinando amplamente seu conteúdo, se converte em elemento de unidade do ordenamento jurídico da comunidade em seu conjunto, no seio do qual vem a impedir tanto o isolamento do Direito Constitucional de outras parcelas do Direito como a existência isolada dessas parcelas do Direito entre si mesmas<sup>99</sup>"

Sabendo a respeito da hierarquia constitucional, resta saber onde se encontra positivada esta norma. Será que temos um caso de norma sem dispositivo?

Tenho que sim, porque não há qualquer dispositivo na Constitucional onde se pregue expressamente e diretamente o princípio da hierarquia. O que há é disposições que "indicam" tal hierarquia.

Então, é norma sem dispositivo expressa.

Mas, o cerne da questão é saber onde tiramos a conclusão a respeito da hierarquia constitucional se não há norma expressa neste sentido?

Há três indicações que nos levam a concluir pela hierarquia constitucional ou da superlegalidade ou supremacia: I – *Poder Constituinte*: isto porque, se para a norma constitucional se exige que haja a constituição de instituto diferenciado e qualificado para a entabulação de nova Constituição, não podemos igualá-lo às norma infraconstitucional. Portanto, ele está além ou acima delas<sup>100</sup>; II – a *rigidez constitucional*: a partir do momento que a modificação de dispositivos constitucionais somente pode ser alterada de forma mais rígida e qualificada em relação à

---

<sup>99</sup> Sabendo que a Constituição prevalece sobre a legislação infraconstitucional cumpre dizer que a terminologia inconstitucionalidade significa em dizer que a lei nasceu depois da entrada em vigor da Constituição e se ele nasceu antes da Constituição e se revela antinômica falaremos em não recepção. Mas, o ponto de contato desta questão é saber se em ambas as hipóteses estaremos diante da ineficácia, ou seja, da norma infraconstitucional ser expurgada no ordenamento jurídico. Para José de Albuquerque Rocha (*Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999, P. 47): “*de qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio*” e, *tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhes sejam irreduzivelmente incompatíveis*”.

<sup>100</sup> A Constituição, além da imperatividade como toda norma jurídica, é particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas, que a elas deverão se conformar, seja quanto ao modo de sua elaboração, seja quanto à matéria de que tratam. Essa supremacia da Constituição (ou sua imperatividade reforçada ou superlativa) em face às demais entidades normativas advém, naturalmente, da soberania da fonte que a produziu: o poder constituinte originário, circunstância que a distingue sobremaneira, das outras normas do sistema jurídico, que são postas pelos poderes constituintes (**Dirley Cunha Júnior**. Controle judicial das omissões do poder público. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48).

modificação da legislação infraconstitucional, então, não podemos dizer que se encontram no mesmo grau hierárquico; III – a partir do fato de que a Lei de introdução ao Código Civil somente se preocupa com a antinomia de normas infraconstitucionais é, porque reconhece que a Constituição não se enquadra na mesma hierarquia delas.

Podemos encontrar vários acórdãos fazendo menção expressa ao princípio da hierarquia<sup>101\_102\_103</sup>.

## 6.2 NATUREZA DA LINGUAGEM CONSTITUCIONAL

Ao analisarmos a comparação entre a interpretação e a construção ficou registrada que a norma constitucional é cercada de abstração, o seja, os casos por ela regulados ficam em hipóteses imagináveis num primeiro momento. Ela se torna certa e concreta e atinge o seu alvo com determinado caso concreto e, este caso concreto pode ser infinito e imaginável.

Neste ponto surge a discussão se diante das cláusulas gerais das disposições constitucionais importaria em **atividade discricionária do exegeta**.

É claro que quando uma interpretação fuja da intenção do legislador ou de regras prefixadas não estaremos diante da discricionariedade. Assim, não podemos

---

<sup>101</sup> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 357.950, Relator o Ministro Marco Aurélio, entendeu que o aumento da alíquota da COFINS por lei ordinária não violou o princípio da hierarquia das leis. Por outra volta, esta colenda Corte, ao julgar o RE 336.134, Relator o Ministro Ilmar Galvão, concluiu que o regime de compensação de que trata o art. 8º da Lei nº 9.718/98 é legítimo, dado que diz respeito a empresas em situações distintas. A questão atinente ao art. 148 da Constituição Federal foi suscitada, de modo inaugural, nos embargos de declaração opostos ao acórdão que resultou do julgamento da apelação. Presente essa moldura, o recurso carece, no ponto, do indispensável prequestionamento. Isso porque "os embargos declaratórios só suprem a falta de prequestionamento quando a decisão embargada tenha sido efetivamente omissa a respeito de questão antes suscitada" (AI 502.659-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence). A controvérsia alusiva aos valores indevidamente recolhidos (compensação e aplicação da taxa SELIC) tem natureza infraconstitucional, o que não autoriza a abertura da via extraordinária. Em boa verdade, cuida-se de questão cujo deslinde compete ao Juízo da execução. Precedentes. Agravo regimental desprovido (RE-AgR n. 454868/SE. Relator: Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 21/06/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma

<sup>102</sup> O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a revogação da isenção do recolhimento da Cofins concedida pela Lei Complementar n. 70/91 por lei ordinária não afronta o princípio da hierarquia das leis (RE-AgR 412748/RJ - AG.REG.NO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA Julgamento: 24/04/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma)

<sup>103</sup> EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 02.09.61 a 15.08.79. 3. Indenização. Ordem de beneficiários estabelecida em lei especial - Art. 10 da Lei no 9.140, de 04.12.95. 4. Não correspondência à previsão do art. 1.603, do Código Civil, por não se tratar de bem hereditário. 5. Inexistência de inconstitucionalidade, eis que se cuida de lei especial da mesma hierarquia do Código Civil. 6. Controvérsia sobre as demais alegações. Impossibilidade de conhecimento na via eleita. 7. Mandado de Segurança indeferido (MS 22879/RJ. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 02/04/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

interpretar que na dúvida prevalece a condenação, porque a presunção pregada constitucionalmente é de boa fé e presunção de inocência.

Não podemos interpretar, também, contra o sentido teleológico da lei. A letra fria da lei não deve prevalecer sobre a sua ontologia<sup>104\_105\_106</sup>.

Mas, de outra feita, se há mais de uma interpretação possível e razoável a ser feita, nada impede que haja discricionariedade para o exegeta. Neste caso, de várias decisões possíveis ele aplicará aquela que melhor se enquadre ao caso vertente. Claro, que nesta escolha, a discricionariedade não pode ser ilimitada e incondicionada, porque deve levar em conta o fim da tutela jurisdicional, que é a justiça<sup>107</sup>.

### Para Thiago Bomfim

Luis Roberto Barroso afirma que o juiz exerce competência discricionária sempre que se conceba que a norma admite mais de uma interpretação razoável. Utilizando o termo cunhado por Dworkin, o autor sustenta que tal ocorrerá diante dos chamados hard casos, casos difíceis, em que se abre para o aplicador da lei várias possibilidades legais de solução para o caso concreto. A respeito afirma Dworkin que ‘quando uma ação judicial específica que não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra (Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 46, nota de rodapé n. 52)<sup>108</sup>’.

---

<sup>104</sup> Não se deve adotar a interpretação literal, pois esta quando aplicada isoladamente pode levar à erro, pois quem elabora as leis é o povo (regime democrático – parágrafo único do artigo 1º da CF/88) e este nem sempre tem o conhecimento técnica da matéria. Assim, ao lado interpretação sistemática a teleológica revela com maior grau de certeza o espírito buscado pelo meio social através do legislador.

<sup>105</sup> Na lição de **Carlos Maximiliano** (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 124) fazendo referência ao Estatuto da universidade de Coimbra, de 1772: “*descobrem-se o sentido e alcance de uma regra de direito ao perquirir qual seja o fim do negócio de que se ocupa o texto (...) este é o único e verdadeiro modo de acertar com a genuína razão da lei, de cujo descumprimento depende inteiramente a compreensão do verdadeiro espírito dela*”.

<sup>106</sup> Merece transcrição a lição de **Jahannes Biermann** (*Bürgerliches Rechts*, volume I, 1908; p. 30): “*toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construíam a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical*”.

<sup>107</sup> Por esta razão que podemos dizer que se na ciência das exatas 2+2 será quatro, para a ciência jurídica, 2+2 “pode ser” quatro. Podemos dizer sem medo de errar que para cada caso concreto há “*uma decisão de várias possíveis*”.

<sup>108</sup> As Constituições contemporâneas são generosas na revisão de valores materiais de conteúdo bastante difuso (como justiça e dignidade humana), cuja definição detalhada pode variar em certa medida no tempo, no espaço e em função das circunstâncias do caso concreto. Também aqui, mais um espaço de determinação do sentido de normas constitucionais foi transferido ao interprete (**Ana Paula de Barcellos**. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional *in* A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 51).

### **6.3 DISPOSITIVOS MATERIALMENTE CONSTITUCIONAIS**

Há no conteúdo da Constituição normas, conforme se diz “materialmente constitucional”. Recebem esta denominação porque somente poderiam estar na Lei Maior de um País diante da relevância do tema do qual tratam.

Podemos dizer que há normas que ao nos referirmos a ela, imediatamente, a identificamos como de suma relevância e, portanto, como assunto e matéria nitidamente constitucional.

Conforme autorizada doutrina, a Constituição é composta de três conteúdos bem definidos: **I** – normas de conduta: aqui encontramos a Constituição regulamentando regras que devem ser seguidas. Então, aqui não podemos falar na parte da Constituição onde emprega cláusulas gerais, porque nesta norma de conduta ele se dirige a uma situação prefixada. **II** – de organização ou de estrutura: não há entabulação de normas de conduta, mas a divisão administrativa do poder; **III** – programáticas: aqui se estabelece princípios e metas a serem atingidas. Aqui há o norte a ser seguido. O grau de abstração é maior.

Neste ponto chamamos a atenção no sentido de que é incoerente que tratemos o tratado internacional de direitos humanos como norma infraconstitucional, porque o tema é materialmente constitucional e, portanto, como ser considerado como lei ordinária? Isto é um contra senso e somente revela o descompromisso do Estado para a efetividade de tais direitos e garantias de preocupação mundial já que trata de limitação do próprio Estado.

Por estas razões que não tenho qualquer dúvida jurídica no sentido da prevalência dos princípios constitucionais sobre os princípios infraconstitucionais.

## **7. CONCLUSÃO**

Acertada as palavras certas de José Sérgio da Silva Cristóvam:

O Direito é uma ciência? Ao que parece, sobretudo sob as bases de um modelo pos-positivista de raciocínio jurídico, seria mais adequado entender o Direito enquanto “jurisprudência” e, não, “jurisciência”. Jurisprudência que partindo de um sentido clássico, deve ser entendida como a sabedoria do direito, do que é justo e razoável. Neste contexto, a lógica formal cartesiana que informa o positivismo jurídico deve ser substituída pela argumentação jurídica, a retórica, a tópica, a lógica axiológica, que marcam de forma indelével o novo constitucionalismo, afastando o Direito da mera legalidade formal e o aproximando dos conceitos de legitimidade e justiça material (Colisões entre

princípios constitucionais. Razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2007, p. 39, nota de rodapé n. 10)

Acertada porque demonstra claramente a importância dos princípios como forma de quebrar o sistema fechado do ordenamento jurídico brasileiro, porque ao fazermos o princípio prevalecer sobre uma regra (injusta) estaremos diante de bom mecanismo de aplicarmos decisão justa e, portanto, com efetivo atingimento da razão de ser da tutela jurisdicional.

Decisão justa, porque o princípio deriva daquilo que foi construído no tempo sem que tenha sido filtrado pela atuação direta do homem. Ele decorre dos fatos sociais que foram paulatinamente sendo arvorado no meio social e, portanto, reflete o Direito em sua melhor pureza<sup>109</sup>.

Então, as regras e princípios completam o sistema jurídico de forma que possamos ter segurança jurídica com as regras, onde o magistrado deva se ater para julgar o caso posto à apreciação (subsunção do fato na norma – **escola da exegese**), no entanto, esta regra deve estar em consonância com os princípios albergados no sistema como forma de carimbar a decisão como justa e correta (**escola da adequação**)<sup>110</sup>.

Assim sendo, permite ao julgador “escolher” uma decisão de várias possíveis e, esta escolha, refletirá o senso de justiça que melhor se enquadre no caso posto à apreciação, através do trabalho intelectual de observação do fato e da norma fundado na interpretação<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> A legitimação pertence a um campo não propriamente jurídico, visto que lida com um momento pré constitucional, o qual consiste em valores, como liberdade, igualdade e justiça, que se condensarão em princípios, os quais ingressarão direta ou indiretamente no corpo de previsões da Lei Maior (**Ana Paula Costa Barbosa**. *A legitimação dos princípios constitucionais* fundamentais. São Paulo: Renovar, 2002, p. 02).

<sup>110</sup> Esse aspecto da justiça não é apenas a conformidade da decisão com a norma de direito escrita, mas também, e principalmente, é o sentimento do Juiz a respeito daquela norma, levando em consideração a doutrina e a jurisprudência correlacionadas (...) a decisão obtida no processo seja eficaz, tenha efetividade, ou melhor, realmente se cumpra em benefício das garantias das pessoas das pessoas, da pacificação e da tranquilidade social (...) isso, contudo, não quer dizer que o juiz deva abandonar as regras do processo para decidir exclusivamente pela sua sensibilidade, ainda que ele seja bom e justo, porquanto tal atitude gera uma insegurança prematura nas partes diante da incerteza do que vai ser proclamado. Por força disto é que os artigos 126, 127 e 128 do CPC estabelecem o que alguns autores chamam de estrutura da legalidade processual, tão necessária para a proteção da jurisdição (**Cesar Asfor Rocha**. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 72)

<sup>111</sup> Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação, correta da Sexta Sinfonia de Beethoven: a pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas e corretas. Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta para o caso jurídico (...) a única resposta correta simplesmente não existe (**Eros Grau**. *Ensaio sobre a interpretação e aplicação do direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40).

## SINOPSE

1. Norma não é sinônimo de disposição de lei, mas sim, o resultado do que se entende dele ou da interpretação extraída do princípio, de forma que estes seriam o produto e a norma o resultado;
2. Podemos encontrar norma sem dispositivo ou dispositivo sem norma ou um mesmo dispositivo onde se extraem várias normas.
3. A norma apesar de ser o gênero de regra e princípios, também, é espécie de um gênero maior, que consiste no sistema jurídico;
4. Uma boa norma deve ser extraída do sistema jurídico e, não, de uma regra ou princípio isolado;
5. O sistema jurídico não se confunde com o ordenamento jurídico, já que este compõe-se das regras e princípios não mais vigentes e de todos aqueles ainda vigentes e, naquele, somente encontraremos regras e princípios vigentes;
6. Norma é o gênero de duas espécies, ou seja, das regras e dos princípios.
7. Em relação ao termo princípio cabe a aferição do : I – significado da terminologia princípio para mundo social (os leigos); II - significado da terminologia princípio para o mundo jurídico; III – há várias espécies de princípios?
8. Para os leigos, o significado do termo princípio é multifacetário, mas, em relação ao sentido jurídico eles possuem ponto de contato que indicam o princípio como a origem;
9. Há várias classificações dos princípios que podem ser encontradas na doutrina. Apesar do grande dissenso a respeito da melhor classificação, iremos trabalhar com a divisão dos princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais e, aqueles serão reclassificados em fundamentais, gerais e setoriais;
10. Há várias distinções doutrinárias visando a distinção das regras e dos princípios. Dentre elas: I - campo de atuação; II - quanto à natureza da orientação que oferecem;

11. Quanto ao campo de atuação, os princípios exercem amplo campo de abstração onde podem ser chamados para atuação em todos os campos do Direito. Eles possuem o bilhete de ingresso para livre circulação no sistema jurídico;
12. As regras possuem campo de abstração bem mais restrito do que os princípios já que servem para determinado fato fenomênico;
13. Apesar de encontrarmos regras com campo de atuação amplo, assim como acontece que aquelas portadoras de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados, bem como, de princípios de aplicação a determinado fato ou campo do Direito, não significa dizer que perdeu objeto da classificação pelo campo de atuação, mas, tão somente, que na atualidade temos exceção da regra geral;
14. Quanto à natureza da orientação que oferecem, o conflito entre regras se resolve pela dimensão de validade; colisão entre princípios se resolve pela dimensão de peso. É um critério de escolha;
15. Diante da colisão de princípios de mesma hierarquia deve haver aplicação do critério da ponderação, onde deve ser analisado caso a caso, de forma que o princípio prevalente, talvez não seja o prevalente em outra situação análoga;
16. Em relação ao princípio ele passou por três fases bem definidas: I – jusnaturalista; II – juspositivista; III – pós-positivismo, sendo que na atualidade ele serve de fonte primeira das próprias regras e, por via de consequência, prevalece quando em conflito com elas. Não há espaço mais para a função supletiva dos princípios (como última ratio);
17. Há princípios constitucionais e infraconstitucionais e aqueles prevalecem sobre estes, já que possuem maior peso axiológico.
18. Não podemos falar em hierarquia entre estes princípios, mas sim, que os constitucionais devem ser buscados em primeiro plano quando em colisão com princípio infraconstitucional.
19. Dentre os princípios constitucionais o fundamental prevalece sobre o geral e o geral sobre o setorial.
20. Podemos realizar a pirâmide da seguinte forma (sem firmar hierarquia entre princípios constitucionais): I – princípio constitucional fundamental; II - princípio constitucional geral; III - princípio constitucional setorial; IV – princípio infraconstitucional; V – regras.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Roberto. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. São Paulo: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição á aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA, Ana Paula Costa. *A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARZOTTO, Luis Feranando Barzotto. *O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Unb, 1999.

\_\_\_\_\_, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995

BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Juspodivm, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.994.

BORGES, José Souto Maior. *Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais*. Revista Trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, n. 01, 1993.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, VitaL. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1.998.

COSTA, Eduardo Silva. *Ética democrática: a constituição de 1988*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1994, n. 4.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.991.

\_\_\_\_\_, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos em Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1997, p. 100

ESPINDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GALVÃO, Flávio. *Sistema. Hierarquia de normas e princípios constitucionais no Direito*. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 03, n. 13, outubro/dezembro.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1.988 – Interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_, Eros. Ensaio sobre a interpretação e aplicação do direito. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JÚNIOR, Dirley Cunha. Controle judicial das omissões do poder público. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra: Ed. Armênio Amado, 4ª ed., tradução de João Baptista Machado, 1979.

MARCATO, Antônio Carlos. Procedimento especial. São Paulo: Atlas, 2004.

MARMELSTEIN, George Lima. *As funções dos princípios constitucionais in* <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2624>>.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NETO, Floriano P. de Azevedo Marques. *O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para uma solução*. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 03, n. 10, janeiro/março, 1995.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PINTO, Nelson. Código de processo civil interpretado. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. São: Atlas, 2004.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999.

SALLES, José Carlos de Moraes. Usucapião de bens imóveis e móveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Vírgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico in Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *Valores e princípios constitucionais orçamentários*. O orçamento da constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª ed. Malheiros, São Paulo, 19