

## **A ERA DOS PRINCÍPIOS NO BRASIL: ALGUMAS CRÍTICAS IMPORTANTES.**

## **THE AGE OF THE PRINCIPLES IN BRAZIL: SOME CRITICAL IMPORTANT.**

JOÃO VICTOR MENDES DE OLIVEIRA<sup>1</sup>  
SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL<sup>2</sup>

### **RESUMO**

---

O presente trabalho tem como escopo estudar a teoria dos princípios e sua aplicação em casos concretos no País. A Constituição de 1988 trouxe ao ordenamento brasileiro uma dicotomia existente entre princípios e regras, em um ordenamento misto; e a cada dia que passa, as decisões judiciais são fundamentadas em princípios; e é a partir desta ideia que nasce o Código de Processo Civil de 2015.

**Palavras-chave:** Constituição Federal de 1988; regras X princípios, CPC-73, CPC-15

### **ABSTRACT**

This work has the objective to study the theory of principles and their application in specific cases. The 1988 Constitution brought the Brazilian planning an existing dichotomy between principles and rules, in a mixed order; and every passing day, judicial decisions are based on principles; and it is from this idea that comes the Code of Civil Procedure 2015.

---

<sup>1</sup> Professor – assistente das disciplinas de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Pós Graduando em Direito Processual Civil. Advogado. Presidente Prudente/SP – Telefone – (18) 3901.4000 - [joavictormospfc@hotmail.com](mailto:joavictormospfc@hotmail.com)

<sup>2</sup> Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília (1998); especialista em interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (1999) e mestre e doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (2003) e Doutor (2011). Professor do Programa de Pós Graduação em Sistema Constitucional de Garantias da Instituição Toledo de Ensino. Professor titular de Teoria Geral e Direito Internacional do Estado da Faculdade de Direito de Presidente Prudente da Toledo Prudente Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo"; Coordenador da graduação da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente). Membro e vogal da Asociación Mundial de Justicia Constitucional e Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Presidente Prudente/SP - Praça Raul Furquim, n. 09 – Telefone - (18) 3901.4000 – e-mail - [coord.direito@toledoprudente.edu.br](mailto:coord.direito@toledoprudente.edu.br)

**Keywords:** 1988 Federal Constitution; X rules principles

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que ganha atualidade com o Novo Código Civil Brasileiro. Nos escritos de Francesco Carnelluti<sup>3</sup> na obra “Como nasce o Direito”, o mestre italiano diz: “jurista é aquele que fabrica o Direito”. Esta frase traduz muito bem o sentimento de mudança de interpretação e aplicação da ciência jurídica. Eráclito de Éfeso, filósofo pré-socrático, já dizia que a essência da vida é a constante mudança; tudo flui, tudo passa; e a interpretação do Direito de uns tempos pra cá mudou completamente e rompeu paradigmas, sobretudo pelo desapego que o Direito posto, a lei positivada e a necessidade de intervenção da moral nas discussões jurídicas, dando ao juiz a possibilidade de interpretação/criação/reinvenção do Direito. É assim que nascem os princípios.

A utilização dos métodos dedutivo e indutivo contribuiu para a realização do presente trabalho, cujo objetivo principal é o de discutir e questionar, apontando pontos positivos e negativos, para a utilização dos princípios como forma de fundamentação judicial.

Pedimos licença aos caríssimos leitores porque não nos valeremos das diversas teorias da fundamentação judicial, mas sob um aspecto mais pragmático se baseia nosso estudo.

A discussão sobre princípios constitucionais é extremamente atual, sobretudo porque a partir de agora, temos um Código de Processo Civil- portanto uma legislação infraconstitucional- que obriga o juiz a pautar suas fundamentações se valendo de princípios transcritos no próprio Código e que, na verdade, são cópias dos vetores constitucionais.

Analisando, portanto, o Código de Processo Civil de 2015, podemos concluir que o próprio Capítulo I do diploma processual é inaugurado com o estudo das “Normas Fundamentais do Processo Civil”. Neste capítulo, constatamos que os 12 primeiros artigos que inauguram o código versam sobre princípios basilares do novo processo civil e muitos destes estão dispostos na própria Constituição Federal. Noutras palavras, quando o legislador positiva no diploma processual os baluartes de proporcionalidade, razoabilidade, publicidade,

---

<sup>3</sup> CARENELUTTI, Francesco. Como nasce o Direito -2007,p.7

eficiência, legalidade, tais pressupostos não são novidades ao nosso ordenamento jurídico, já que isto é cópia proposital do art. 5º de nossa carta Magna; há também princípios próprios do processo civil contemporâneo disposto no mesmo capítulo, como também o princípio da primazia pela solução de mérito, princípio da cooperação, dentre outros.

Esta cópia das normas básicas da Constituição em diplomas infraconstitucionais é uma nova tendência do constitucionalismo contemporâneo; resultado do fenômeno da “constitucionalização de direitos”, que nada mais é de que a imposição dos baluartes constitucionais aos diplomas abaixo dela.

Nesta direção, em diversos dispositivos do novo e vigente Código, o legislador se valeu de expressões abertas, genéricas, como por exemplo, o princípio da cooperação judicial (art.6º), princípio da primazia pela solução de mérito (art. 4º), princípio da boa -fé (art. 5º), princípio do contraditório (7º) de forma intencional.

O intuito do legislador, ao colocar em um capítulo inicial o título de “normas fundamentais” é impor aos interpretes e aplicadores do diploma a necessidade de observância ou interpretação dos outros dispositivos conforme os doze primeiros artigos iniciais.

Neste sentido, o legislador ao impor cláusulas abertas ou genéricas em uma legislação tem como objetivo que garantir que o dispositivo venha a ser interpretado e se amoldado em um conteúdo histórico. Por exemplo, desde a Magna Carta Libertatum de 1215<sup>4</sup>, o legislador lá em meados do século XIII já falava em devido processo legal. Tal princípio, portanto, por ser uma cláusula aberta, possibilita que no conceito dele sejam incorporados conteúdos históricos, o que garante a possibilidade destas normas se prolongarem pelo tempo. Outro exemplo clássico é a Constituição dos Estados Unidos, de 1777, em que em diversos dispositivos o legislador se vale de cláusulas gerais, princípios basilares e que podem ser amoldados com o tempo, dando maior durabilidade à própria lei.

Como consequência desta primazia do legislador, houve a necessidade da própria doutrina e jurisprudência darem vida e estudarem a fundo a força normativa dos princípios.

---

<sup>4</sup>“O dispositivo 2.1 da Magna Carta Libertatum já trazia o conteúdo do princípio que, hoje, chamamos de devido processo legal: “ Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.”

No entanto, muito embora o fenômeno da força normativa dos princípios seja algo novo na legislação pátria, desde os escritos gregos e romanos, as legislações mais antigas já falavam em princípios como sendo algo fundamental, nascidos com os seres humanos. No Brasil, esse fenômeno se tornou mais evidente a partir da Constituição de 1988.

Neste sentido, transcorremos aqui os ensinamentos do professor e agora ministro do Pretório Excelso, Luís Roberto Barroso:

“Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega, origina-se o princípio da não contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: “Nada pode ser e não ser simultaneamente”, preceito subjacente à ideia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: “Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu”. Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade”<sup>5</sup>.

Neste sentido, a jurisprudência da Corte Constitucional americana (uma das pioneiras na utilização dos princípios como fundamento de construções jurídicas) é farta no sentido de utilizar os princípios como forma de solução de lides extremamente complexas. A própria doutrina clássica, e aqui nos valem os ensinamentos de Konrad Hesse, admitem a utilização dos princípios como forma de proteção e força da Constituição. Vejamos:

“Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (Geistige Situation) de seu tempo, isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequado e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.

Assegura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstráda as disposições de índole técnico organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2006, p.28/ 29.

alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido. A constitucionalização de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição”<sup>6</sup>.

A partir destas considerações preliminares, devemos considerar que a utilização dos princípios no ordenamento jurídico e como fundamento para as decisões judiciais é fruto de uma evolução histórica, de um lado, o positivismo clássico de Hans Kelsen e de outro, o pós Segunda Guerra Mundial e a incidência de valores morais no Direito.

## 2 OS PRINCÍPIOS

A palavra princípio (do latim, *principium*), nos traz a conotação de “começo”, fonte, de onde algo nasce. Para a teoria geral do direito, os princípios possuem a função de bússola, norteando a interpretação daquele que aplica a norma a um caso concreto. Estes são vetores, são axiomas que nos levam a um estado ideal, a algo que se busca.

Norberto Bobbio na sua obra “A era dos direitos” afirma que o constitucionalismo passou por três fases, que são classificadas por direitos previstos nas cartas de direitos<sup>7</sup>. A primeira geração ou dimensão nasceu nos Estados Unidos da América do Norte, com direitos de liberdade, enquanto que a segunda teria ocorrido com a Constituição da Alemanha de 1919 e a Constituição Mexicana de 1917, com direitos de igualdade. A terceira dimensão chamada de fraternidade teria ocorrido em 1948, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, promulgada pela Organização das Nações Unidas.

Nesta nova etapa dos direitos e garantias, tomando com base essa classificação do mestre italiano, o Brasil estaria adentrando numa era de utilização dos princípios. Inicialmente, são necessárias algumas definições.

---

<sup>6</sup> HESSE, Konrad, A força normativa da Constituição, p. 29/30.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, p.16.

Dentre as características dos princípios, destacam-se: são abstratos, ou seja, servem para vários casos, encampam diversas possibilidades e por assim serem, são universais, transgredindo fronteiras do ordenamento jurídico. Mas, a principal característica dos princípios está no fato de conviverem conflituosamente. Logo, o princípio da soberania, por exemplo, pode estar em conflito o princípio pro- homini, embora estejam em conflitos, esses princípios existem e podem ser aplicados concomitantemente ao mesmo caso, mesmo que sendo opostos.

Por exemplo, se pensarmos numa decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como no caso Maria da Penha X Brasil: Há dois princípios em conflito, de um lado, o princípio da soberania e, do outro, a relativização do princípio do prévio esaurimento dos recursos internos e o princípio da celeridade processual.

“30. Segundo o artigo 46 (1) (a) da Convenção, é necessário o esgotamento dos recursos da jurisdição interna para que uma petição seja admissível perante a Comissão. Entretanto, a Convenção também estabelece em seu artigo 46 (2) (c) que, quando houver atraso injustificado na decisão dos recursos internos, a disposição não se aplicará. Conforme assinalou a Corte Interamericana, esta é uma norma a cuja invocação o Estado pode renunciar de maneira expressa ou tácita e, para que seja oportuna, deve ser suscitada nas primeira etapas do procedimento, podendo-se na falta disso presumir a renúncia tácita do Estado interessado a valer-se da mesma.

31. O Estado brasileiro não respondeu às repetidas comunicações com as quais lhe foi transmitida a petição e, por conseguinte, tampouco invocou essa exceção. A Comissão considera que esse silêncio do Estado constitui, neste caso, uma renúncia tácita a invocar esse requisito que o isenta de levar avante a consideração de seu cumprimento”<sup>8</sup>.

No mesmo sentido, agora no plano constitucional brasileiro de 1988, temos a interpretação do artigo 5º:

“5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

---

<sup>8</sup> Organização dos Estados Americanos. 2001.

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII- É garantido o direito de propriedade;

XXIII- A propriedade atenderá sua função social”<sup>9</sup>.

Sendo assim, no artigo 5º da Constituição, o rol dos direitos fundamentais, o legislador colocou como direito pético a propriedade, mas este, embora fundamental, é cerceado pela análise do princípio da função social da propriedade. Percebemos, portanto, que o mesmo legislador que concede um direito, é aquele que cerceia este; criando uma via de mão dupla.

Esse conflito é algo marcante nos princípios. Em contraposição, as regras apontam para um modelo de comportamento e não para um estado ideal a ser atingido, são imperativas, impõem ao destinatário uma atitude de fazer ou não aquilo que é proposto. É a partir desta contraposição entre princípios e regras que segundo o autor alemão Robert Alexy:

“A base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre regras e princípios. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescreve uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como “mandamentos definitivos”. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> BRASIL, 1988.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert, 2009, Conceito e validade do Direito p. 85.

Nesse mesmo sentido, para Ronald Dworkin, os princípios apresentam duas dimensões: a primeira, relacionada à questão da validade, já a segunda, no que tange ao peso, ou seja, a carga argumentativa que este traz consigo; diferentemente das regras, que são estudadas a partir da validade, aplicando-se a elas o critério do “tudo ou nada”.

Por outro lado, vale ressaltar que as regras, não possuem como característica principal o convívio conflituoso, não podendo ser aplicáveis duas ou mais regras totalmente opostas a um determinado caso; pelo contrário, ou uma regra se aplica ou não se aplica a um fato determinado, assim, para a teoria de Dworkin, o traço marcante das regras é o fato de serem analisadas por uma dimensão de validade e por serem taxativas, aplicáveis - ou não - a certo caso.

Em outra visão, mais liberal ao intérprete, Humberto Ávila ensina:

“O dispositivo constitucional segundo o qual se houver instituição ou aumento de tributo, então a instituição ou aumento de tributo deve ser veiculado por lei, é aplicado como regra se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entende-lo como mera exigência da lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos; da mesma forma, pode ser o aplicado como princípio se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, focar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor liberdade para permitir o planejamento tributário e para proibir a tributação por meio da analogia, e como meio de realização do valor segurança, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassem os limites legalmente traçados”<sup>11</sup>.

Para o autor, interpretar um dispositivo como princípio ou como regra fica a cargo do aplicador da norma. Se entender o dispositivo como princípio, a mensagem do dispositivo terá um enfoque teleológico, será analisado sob a óptica de valores, mas se entender como regra, a mensagem trazida no bojo do dispositivo legal trará um modelo de comportamento, um mandamento a ser praticado pelo intérprete.

---

<sup>11</sup> ÁVILA, Humberto, 2014, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos p. 45.

Neste sentido, temos a incidência do texto e da norma. O primeiro é o dispositivo propriamente dito, são os escritos literais que vemos no dispositivo. Pelo contrário, as normas são o resultado da interpretação, o sentido dado àquele texto. Aqui vemos a lição de Humberto Ávila (2014, pág.33):

“Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não exista correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”<sup>12</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni comunga a mesma opinião de Ávila:

“O texto legal ou a lei, como enunciado das fontes, não se confunde com o ditado judicial proveniente da atividade da interpretação. Esse ditado é o sentido atribuído pelo juiz ao enunciado legislativo. Prefere-se, assim, chamar o significado atribuído à lei de norma jurídica, deixando-se à lei, também costumeiramente assim designada, a designação de texto legislativo”<sup>13</sup>.

Podemos concluir – a partir destas duas lições – que a atividade judicial recai sobre as normas. Saber ou não se um texto é constitucional ou não é dar a ele um sentido, seja a favor ou contrário ao conjunto de regras e princípios postulados pela Constituição Federal. Logo, é a primeira premissa que devemos ter em mente: embora a inconstitucionalidade seja um vício (de forma ou de matéria/ conteúdo), ela se manifesta pela interpretação, ou seja, pode ela ser declarada inconstitucional e posteriormente, ser mudado seu entendimento, declarando-a constitucional.

A subjetividade da constitucionalidade é algo que não tem como ser combatido pelo legislador, por um fato muito simples: direito não é matemática. Entretanto, o problema

---

<sup>12</sup> ÁVILA, Humberto, 2009, Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência p. 33.

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, 2014, O STJ enquanto Corte de precedentes, p. 110.

não reside na interpretação subjetiva, mas nas formas que o juiz usa para se chegar à conclusão sobre a (in) constitucionalidade de uma norma. Eis a grande problemática que, na maioria dos casos (para não dizer em todos), o magistrado se utiliza da teoria dos princípios para mudar seus entendimentos e realçar ainda mais o poder discricionário.

## **2.1 A Teoria dos Princípios na Visão de Gomes Canotilho**

O sentido da constituição e suas diversas teorias vem sendo um campo extremamente complexo e criterioso na moderna Teoria do Direito. Logo, à medida que a sociedade evolui (seja a partir de revoluções e mudanças político-ideológicas; seja pela quebra de paradigmas), a disciplina jurídica assim a acompanha; no entanto a Constituição é o principal e imediato alvo das transformações sociais.

Neste aspecto, a Carta Magna é o reflexo de sua sociedade e a partir disso que se introduz nos dispositivos constitucionais aquilo que o professor J.J Gomes Canotilho chama “multifuncionalidade das normas constitucionais”<sup>14</sup>, que nada mais é que a necessidade dos dispositivos se especializarem cada vez mais, uma vez que a Constituição passou da Era de ser um documento que versava sobre questões organizacionais, e agora é uma Carta que versa sobre direitos e garantias fundamentais, sendo extremamente complexa e trazendo em seu bojo matérias desde o perfil organizacional do Estado, direitos fundamentais a questões sociais e econômicas, por exemplo.

É a partir destas considerações iniciais, que a Teoria do Direito viu a necessidade de se criar uma classificação extremamente complexa e que acompanha as tendências da Constituição.

Para o professor Gomes Canotilho, a complexidade da teoria geral dos princípios reside no fato de estarmos lidando com duas espécies de normas, logo, estamos lidando com duas espécies de uma mesma família. Mas Mas antes de tudo, nos fazemos a seguinte indagação: se princípios e regras compõe a família “norma” (gênero); o que seria esta chamada norma? Qual o conceito disto? Para o professor Humberto Ávila, um dos grandes estudiosos brasileiros da Teoria do Direito, “norma é o sentido construído a partir da

---

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2002, p. 1145.

interpretação sistemática de textos normativos”<sup>15</sup>, e a diferença entre dispositivo e norma está no fato de que o primeiro está ligado ao objeto de interpretação, enquanto o segundo está ligado ao resultado. O professor Ávila, neste sentido comparativo das normas, vai mais além, ao traçar comparações destes conceitos:

“Em alguns casos há norma mas não há um dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.

Em outros casos há dispositivo mas não há norma: Qual a norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma (...). Outro exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: O Supremo Tribunal Federal, ao proceder o exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal.

Noutros casos, há mais de um dispositivo, mas a partir deles só construída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e ser construída uma só norma”<sup>16</sup>.

A partir destes ensinamentos iniciais acerca do conceito de norma, é importante enfatizarmos- segundo o entendimento do ilustre constitucionalista português- que princípios e regras fazem parte de uma mesma família, ou seja, nasce de uma mesma fonte: a norma.

Entretanto, José Joaquim Gomes Canotilho traz uma série de diferenças entre regras e princípios, o que ele chama de graus/critérios. Neste sentido, temos:

“a) Quanto ao grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

---

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto, 2013, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 33.

<sup>16</sup> Idem.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz) enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de carácter estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico. (ex: princípio do Estado de Direito)

d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante”<sup>17</sup>.

Além desta classificação, o constitucionalista português classifica os princípios quanto a três aspectos: a qualidade, quanto ao peso e quanto a validade.

No que tange ao primeiro – a qualidade – os princípios são normas de otimização, consoante ao condicionalismo fático e jurídico. Já nas regras, há uma exigência imperativa, não havendo o que se falar em existência de antinomias - aplicando-se a regra do tudo ou nada de Ronald Dworkin.

No que tange a segunda classificação – quanto ao peso – os princípios permitem uma ponderação com outros, o que nos leva a crer que em uma mesma lide, podem ser aplicados dois vetores extremamente antagónicos. Para as regras, não há que se falar em peso, uma vez que não há uma ponderação entre duas ou mais regras; ou uma regra se aplica ou não a um caso concreto. Quanto a validade, não se discute o peso das regras, apenas sua validade; uma vez que não sendo corretas, serão alteradas.

Além destas características doutrinárias acerca do conceito jurídico de regras e princípios; em um âmbito mais prático, fica fácil notarmos que um sistema baseado tão somente em regras nos levaria a um positivismo exacerbado, principalmente porque o legislador não conseguiria – taxativamente - prever diversas situações do cotidiano e por outro lado, um sistema somente de princípios nos levaria a ter um sistema jurídico extremamente

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2002, Direito Constitucional e Teoria da Constituição p. 1146.

conflituoso (já que os princípios convivem conflituosamente), abstrato e chegamos até mesmo acreditar que a Constituição perderia sua força normativa, pois não teria regras imperativas e que traçasse diretrizes importantes ao Estado.

A essa necessidade de existência de regras e princípios em um mesmo ordenamento, Canotilho denomina de “sistema aberto de regras e princípios”, uma vez que o sistema perfeito e a consequente força normativa da Constituição advém da coexistência dos vetores de otimização quanto das regras imperativas.

É a partir do sistema aberto, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, que a Constituição estaria mais próxima da perfeição; isto porque neste o legislador valorizaria e muito a força normativa dos princípios, que segundo o grande constitucionalista, tem diversos papéis fundantes para o estado Democrático de Direito. O primeiro deles está no fato dos princípios serem normas de função normogenética e de função sistêmica, ou seja, servem de base para outras normas (e aqui falamos também de regras) e possuem idoneidade radiante, servindo de base para o sistema constitucional.

Partindo destas características dos princípios, Canotilho enfatiza a mudança de paradigma, em que se tira a ideia de um direito meramente teórico (de livros) para um direito de ação, da prática. Os princípios têm este condão, uma vez que incorporam ao ordenamento jurídico referências sociológicas, consagram valores fundamentais como a liberdade, democracia, dignidade e a possibilidade do sistema “caminhar”, ou seja, os princípios dão suporte para a continuidade e desenvolvimento do aparelho constitucional. Neste sentido, temos o estudo do professor:

“Contudo, o sistema jurídico necessita de princípios (ou valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos(...) os princípios tem uma função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional(...) o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para um *law in action* para uma *living* constitutivo. Esta perspectiva teórico-jurídica do sistema constitucional tendencialmente principialista, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (colisão de direitos fundamentais); mas também porque

permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios, a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreta-se na referência sociológica dos princípios e valores programa, funções e pessoas(...)<sup>18</sup>.

A partir das transcrições acima, nos parece superada a grande discussão que fomentou a Teoria do Direito e hermenêutica constitucional acerca da influência na moral e o Direito; fica evidente que as Cartas constitucionais de garantia dão primazia aos princípios, à influência da moral como forma de tutela dos seres humanos e conseqüentemente direitos destes. É a partir deste panorama que Canotilho classifica diversos princípios, de acordo com a razão/finalidade que este desempenha na Constituição.

## 2.2 A Súmula Vinculante nº 13

O caso em tela é um dos mais emblemáticos julgados da história do Supremo Tribunal Federal e que originou a Súmula Vinculante de nº 13, a vedação ao nepotismo, que nada mais é que a nomeação de parentes consanguíneos ou por afinidade em linha reta ou colateral para cargos do Poder Público, seja na esfera dos três poderes. Eis a Súmula vinculante:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios,

---

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2002, Direito Constitucional e teoria da Constituição, p. 1149.

compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”<sup>19</sup>.

Mas o grande alvo de nossa discussão no campo da força normativa dos princípios e a teoria de Canotilho, não está propriamente na súmula vinculante, mas principalmente no precedente fundante que gerou a edição desta .

Em uma breve síntese, em meados de 2006 chega ao Pleno do Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 12, tendo como autora a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) que visava discutir no plano abstrato de constitucionalidade a Resolução de nº 7, de 14/11/2005 do Conselho Nacional de Justiça que regulamenta a não contratação de funcionários para o Poder Judiciário que possuíssem grau de parentesco (de forma direta ou não) com outros servidores do próprio Poder.

O que a Resolução queria era – acima de tudo – moralizar a contratação de funcionários e possibilitar que o ingresso nas carreiras fosse apenas mediante concurso público. O primeiro grande detalhe desta Resolução editada pelo CNJ e que teve uma grande discussão foi a seguinte premissa: o CNJ teria competência para “legislar” sobre formas de contratação nas carreiras públicas? E qual seria o interesse, a pertinência temática exigida pela CF, art.103 para a AMB propor essa ADECON como forma do Supremo entender a constitucionalidade deste ato jurídico e dar extensão aos demais Poderes?

A partir destas duas perguntas fundamentais, o STF entendeu que em primeiro lugar, o CNJ tem competência além de assegurar e defender a autonomia do Judiciário, mas também o dever de zelar pelos princípios esculpidos no artigo 37 “caput” da Constituição. O próprio artigo 103-B §4º, II reflete literalmente esta ideia, dando ao Conselho o dever de proteção da legalidade, moralidade e publicidade dos atos públicos do Judiciário. Em segundo aspecto, o Supremo entendeu que a Associação era competente para figurar no polo ativo da demanda e tinha pertinência temática - como reza o rol do art. 103, da Carta Magna - pelo fato de estar sendo discutido na referida ação, formas de desenvolvimento e aperfeiçoamento do Poder Judiciário; logo, seria de total importância e relevância uma associação de magistrados ter interesse na causa.

---

<sup>19</sup> BRASIL, 2008.

A partir deste contexto, como o Supremo poderia dar extensão aos efeitos desta demanda para os outros Poderes, já que a Constituição Federal e tampouco uma norma de infraconstitucional se quer versava sobre a contratação de parentes no serviço público? Em linhas gerais, só havia uma Resolução do CNJ que vedava a contratação sem concurso público e este ato normativo era passível de discussão em vários estados da Federação que entendiam ser esta Resolução do CNJ inconstitucional, seja pela incompetência do órgão, seja porque a lei não trouxe esta vedação.

A partir destas considerações, o STF julgou a Resolução do CNJ constitucional. Mas como pode a Corte Suprema julgar constitucional uma lide sendo que nem a própria Constituição Federal autoriza ou veda esta contratação? Não havia nenhuma regra que vedasse. A saída da Corte, cujo relato deste caso foi do Min. Carlos Ayres Britto, foi reconhecer a força dos princípios e que não havendo regras, deve-se aplicar também os princípios norteadores da Constituição - como forma de assegurar o espírito da norma.

Partindo destes pressupostos, os Ministros acordaram que a própria Constituição em seu artigo 37, traz o princípio da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência como axiomas para a interpretação do real sentido da administração pública. Portanto, o tribunal quis dizer que, embora não houvesse uma lei vedando o nepotismo, havia princípios. E estes, como firma a teoria de Canotilho, fazem parte de um sistema aberto; e aqui justifica o uso dos princípios para a solução de lides extremamente complexas.

Neste sentido, temos no voto no Ministro Menezes Direito uma grande lição acerca da teoria dos princípios:

“Mas eu tenho entendido, e creio que essa é a convergência do Supremo Tribunal Federal, que esses princípios que estão insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados. E eu diria até mais: sem um retorno às origens técnicas da diferenciação entre o princípio e a norma, que hoje, na perspectiva da Suprema Corte, esses princípios revestem-se da mesma força, tanto isso que, em precedente recentíssimo que julgamos aqui neste Pleno, nós aplicamos um desses princípios com a força efetiva de uma norma constitucional, e, portanto, esse princípio

pode, sim, ser aplicado diretamente, independentemente da existência de uma lei formal”<sup>20</sup>.

Em um caminho mais adiante, o Relator – Ministro Ayres Britto – enfatiza que o ato do CNJ não viola o princípio da Separação dos Poderes e como consequência, o pacto federativo:

“Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça”<sup>21</sup>.

Este julgado se tornou marcante na jurisprudência do STF porque a Corte julgou apenas com base em princípios, não levando em consideração uma norma positivada. Entretanto, surge outro grande questionamento: pode o juiz julgar com base em princípios e partir de uma construção jurídica fundamentada, decidir de forma contrária a uma regra

---

<sup>20</sup> BRASIL, 2008.

<sup>21</sup> Idem.

escrita? E a segurança jurídica? E o ativismo judicial: o STF fazendo às vestes do legislativo, criando normas a partir de princípios? Não estaria ferindo a Tripartição dos Poderes pela conduta pró-ativa?

### **2.3 O Caso da Progressão de Regime na Lei dos Crimes Hediondos**

A lei 8072/90, em seu artigo 2º, em sua redação original vedava a progressão de regime aos crimes tipificados como hediondo. Para o Supremo, o dispositivo da lei era constitucional, até mesmo por razões de política- criminal, como forma de coibir ainda mais e repreender os praticantes destes delitos.

Numa pesquisa na jurisprudência do Pretório Excelso, achamos o primeiro caso que provocou a Suprema Corte no sentido de declarar inconstitucional a regra do artigo 2º. Trata-se do HC 71.363/94 MG e na ocasião, o Tribunal foi categórico em vedar a progressão. Em seu voto, o Ministro Paulo Brossard deixa claro que o STF não tem competência para discutir as condições pessoais do acusado. Eis a ementa do caso:

“PACIENTE: BENEDITO GERONIMO DA COSTA  
IMPETRANTE: FLAVIO PIRES DOS SANTOS  
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
EMENTA: "HABEAS CORPUS". Crimes de latrocínio e de ocultação de cadáver. Pena. Indeferimento de pleito de progressão para o regime semi-aberto. Aplicação do artigo 2, par. 1. Da Lei n. 8.072/90, que veda aquele benefício nos casos de crimes hediondos. Impossibilidade de aplicação retroativa da lei. Ofensa ao artigo 5. XL, CF. A vedação da progressão do regime penal nos crimes hediondos constitui "lex gravior", que não pode ser aplicada aos fatos anteriores a sua edição. Precedentes: HC 71.009, HC 68.416. A norma que trata do modo de execução da pena e de direito material e não processual penal. Aplicabilidade dos princípios "tempus delicti commissi regit actum" e da irretroatividade da lei mais gravosa. Impossibilidade, em "habeas corpus", de discutir as condições pessoais do sentenciado, com vistas ao deferimento de progressão a regime semi-aberto, pendente como se faz o "decisum" de exame de fatos e provas. Precedente do STF: HC 66.253. Pedido conhecido, mas indeferido, com apoio no segundo fundamento do Acórdão, pela falta de preenchimento dos requisitos

subjetivos do benefício indeferido, matéria cuja indagação não cabe nos estreitos limites do remédio eleito”<sup>22</sup>.

Com base nestes votos, a jurisprudência do Supremo se ergueu e se solidificou até os anos 2000. Mais especificadamente em 2006, a Corte se deparou com o referido Habeas Corpus (HC 82.959/SP), cujo paciente- Oseas de Campos- praticara os crimes tipificados 214, cc. arts. 224, § 1º, I, 226, III, e 71 (todos do Código Penal vigente), e em sua defesa, foi alegada a inconstitucionalidade da regra do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, por violar o princípio da individualização da pena e conseqüentemente, o princípio da isonomia.

Em uma decisão histórica, digna de 6x5 dos votos, o Supremo acolheu esta tese de progressão e a partir daí declarou o dispositivo da lei inconstitucional. Destaca-se que em 12 anos a Corte entendia de uma forma e da noite para o dia, mudou seu posicionamento.

A grande questão de invocar princípios para a fundamentação judicial torna-se problemática se não for respeitada a segurança jurídica.

O juiz, ao decidir, leva consigo um respeito a uma jurisprudência edificada e a um costume histórico em que a decisão fora baseada. Assim, é claro que não só pode, como deve o juiz poder mudar seu entendimento, mas há a necessidade de uma jurisprudência de alerta, como forma de aviso aos jurisdicionados; pela primazia da segurança jurídica. A grande questão no que se refere à utilização de princípios para a fundamentação da decisão judicial é no sentido de tais vetores justificarem quaisquer posicionamentos.

Por outro lado, é necessário diagnosticar que a subjetividade faz parte da apreciação do Judiciário no controle concentrado; de tal sorte que a necessidade de incessante objetivação pode vir a causar injustiças, dando aos magistrados um poder de a partir de uma fórmula genérica, julgar casos que demandam um certo estudo subjetivo. Seria, a criação, de mais uma hipótese de jurisprudência defensiva. Nesta direção, Lênio Streck afirma:

“Na verdade, a chamada objetivação permite ao STF fazer o que ele quiser, inclusive afastar-se do texto constitucional.

A ideia de atuação do STF e STJ estaria reduzida apenas a uma função objetiva não encontrada respaldo no texto constitucional. Nem mesmo mediante emenda constitucional seria possível transformar o STF e o STJ em Tribunais que julgam questões exclusivamente de natureza objetiva, uma vez que, mesmo com a alteração dos arts. 102 e 105 da

---

<sup>22</sup> BRASIL, 1994.

CF, ainda assim não estaria autorizado tal entendimento. Isso ocorre porque somente seria possível afirmar que o STF e o STJ são Tribunais de natureza jurisdicional exclusivamente objetiva se fossem suprimidos do texto constitucional todos os writs constitucionais previstos na CF 5º, tais como : mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus e habeas data.(...)”  
Não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma”<sup>23</sup>.

A necessidade de objetivação da interpretação faz com que os Tribunais Superiores decifrem questões extremamente complexas de forma objetiva, sem muitas vezes proferirem decisões que analisem de forma coerente, a partir de uma reflexão sistemática a lide em concreto.

Vale destacar que o crescente uso dos princípios jurídicos, a começar da Constituição Federal de 88 que elenca vários deles, fez surgir uma nova corrente de pensamento, o neoconstitucionalismo, que tenta afastar o positivismo jurídico em detrimento de uma nova interpretação da constituição, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Trabalharemos, sem muita extensão e aprofundamento, este assunto um tanto quanto polêmico e que causa divergências significativas na doutrina.

### **3 PÓS POSITIVISMO E O NEOCONSTITUCIONALISMO: A ERA DOS PRINCÍPIOS**

Pois bem, é nesse sentido que surge na doutrina um conceito de direito constitucional novo, amparado em princípios, valores e principalmente, no ativismo judicial em que muitas vezes o Judiciário faz as vestes do Legislativo. Ainda mais, é nesse sentido que essa hermenêutica constitucional se ampara ao dizer que foi superada a fase do positivismo e que agora, não vigora tão somente a lei, mas os princípios fundantes da Constituição, explica Daniel Sarmento:

---

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz, O que é isto? Precedente judicial e as súmula vinculante?, p. 58.

“As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àqueles do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geométrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas”<sup>24</sup>.

Em primeiro aspecto, vale lembrar que o fenômeno da força normativa dos princípios não é algo novo, não nasceu com o neoconstitucionalismo, pelo contrário. Desde o período greco-romano, já poderíamos falar em mandamentos maiores que norteavam decisões. Ademais, uma pequena obra, mais consistente, traz a importância dos princípios para a força normativa da Constituição. Assim, versa Konrad Hesse:

“Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condições. Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido(...)”<sup>25</sup>.

Para grande parte dos estudiosos do direito constitucional, a Magna Carta Libertatum de 1215, foi a fonte, a “carta mãe” das constituições, pois bem, nela também encontramos princípios interpretativos:

---

<sup>24</sup> SARMENTO, DANIEL, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a JJ Gomes Canotilho, p. 3.

<sup>25</sup> HESSE, Konrad, 1991, p.21. A Força Normativa da Constituição?

“1- Prometemos diante de Deus, em primeiro lugar, e por esta nossa presente carta confirmamos por nós e por nossos herdeiros, para sempre, que a igreja da Inglaterra será livre e gozará dos seus direitos na sua integridade e da inviolabilidade das suas liberdades; e é a nossa vontade que assim se cumpra; e isto está patenteado pelo facto de que nós, de nossa plena e espontânea vontade, antes que surgisse a discórdia entre nós e os nossos barões, concedemos, e por nossa carta confirmamos e solicitamos a sua confirmação pelo Papa Inocência III, a liberdade de eleições, que é a de maior importância e essencial para a Igreja da Inglaterra; é a isto observaremos e queremos que seja observado em boa-fé pelos nossos herdeiros para sempre. Nós também concedemos a todos os homens livres do nosso reino, por nós e por nossos herdeiros perpetuamente, todas as liberdades abaixo escritas, para que as tenham e as conservem para si e para seus herdeiros, de nós e dos nossos herdeiros”<sup>26</sup>.

Num segundo plano, devemos quebrar outro mito ao dizermos que a Constituição de 1988 por ser extremamente protetiva a direitos, traz em seu bojo mais princípios ao invés de regras. É importante salientar que os princípios têm um papel marcante na hermenêutica, uma vez que eles atingem situações que muitas vezes as regras não atingiriam.

É impossível o legislador constituinte discorrer acerca de todos os direitos e garanti-los de forma positivada, é nesse sentido que os vetores trabalham, ou seja, chegando onde mesmo o direito positivo não pode chegar. Contudo, ao analisarmos a Constituição Federal, vemos que por mais que seja um documento extremamente protetivo aos direitos, ela é composta por mais regras que princípios, basta analisarmos os capítulos.

É inviável a imposição, por exemplo, de normas de natureza tributária e orçamentária (Título VI), utilizando-se somente de princípios. Uma Carta de Direitos sem regra é um documento sem força normativa. E na dicotomia entre princípios e regras, nem o primeiro, muito menos o segundo se tornam mais importantes. Eles coexistem, se completando. Nesse sentido, Humberto Ávila diz:

---

<sup>26</sup> Comparato, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos 1999.

“Com efeito, embora ela contenha no Título I, princípios, todo restante de seu texto é composto por alguns princípios e muitas, muitas regras: Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais); Título III (da organização do Estado); Título IV (Da Organização dos Poderes); Título V (Da Defesa do estado e das Instituições Democráticas); Título VI (Da Tributação e do Orçamento); Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira); Título VIII (Da Ordem Social); Título IX (das Disposições Constitucionais Gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, são compostos, basicamente por normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e não de princípios. Tanto que a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de “analítica”, justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios. Essa característica, aliás, compõe o diferencial da Constituição Brasileira de 1988 relativamente a outras constituições como a estadunidense e a alemã, para usar dois exemplos paradigmáticos, cada qual com suas particularidades. A leitura do ordenamento constitucional facilmente comprova essa constatação, a Constituição Brasileira de 1988 é uma constituição de regras”<sup>27</sup>.

Consoante a este entendimento, está à jurisprudência do Pretório Excelso. No julgamento do RE. 633.703/MG em que o Min. Gilmar Mendes foi o Relator, o Min. Luiz Fux, em seu voto sobre a incidência e aplicação da “Lei da Ficha Limpa”, ao analisar a Teoria do Direito, proferiu seu voto no sentido de, ao analisar a dualidade entre princípios e regras, deve o aplicador optar pela segunda. Eis o voto:

“O art.16 da Constituição Federal, como decorre da moderna teoria geral do direito e, mais particularmente, da nova teoria da interpretação constitucional, consubstancia uma regra jurídica e não um princípio jurídico; constatação que impõe não seja possível simplesmente desconsiderar seu enunciado linguístico para buscar desde logo as razões que lhe são subjacentes”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> ÁVILA, Humberto, Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência, p. 4.

<sup>28</sup> BRASIL, 2011.

Ao citar a presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, (art. 5º LXII), o voto do Ministro – agora na ADI 4578 – deixa claro que o conteúdo do dispositivo constitucional é de natureza de regras e não de princípios.

“A presunção de inocência consagrada no art. 5º LXII da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de Humberto Ávila (Teoria do Princípios, 4ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2005) como uma regra, ou seja, com o uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. Concessa vênua, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo”<sup>29</sup>.

Nesse sentido, respeitamos posições em contrário, mas é impossível falarmos em superação do positivismo jurídico em detrimento de uma nova era do direito, fundada na moral e em baluartes subjetivistas. É sabido, com todo consenso, que a força normativa dos princípios é uma realidade positiva, desde que usada de forma responsável pelo aplicador do direito, pois, caso contrário, o uso deturpado dos princípios levam distorções à regra e a uma grande insegurança jurídica. Os princípios, de forma alguma podem revogar regras já estabelecidas, nisso, reside o grande problema do ativismo judicial.

Lênio Luiz Streck ao interpretar a possibilidade de superação do positivismo pela possível nova interpretação constitucional, traz dois parâmetros para que de fato, haja essa superação:

“De Tudo o que foi dito, para se realizar uma efetiva teoria pós positivista dois elementos são, inexoravelmente, necessários:

- a) ter a compreensão do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teórico efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer uso de mixagens teóricas;
- b) enfrentar o problema do silopsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo (aqui, como já se viu, o campo jurídico brasileiro é fértil nessa perspectiva, por seu excessivo arraigamento à epistemologia e à filosofia da consciência”<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> BRASIL, 2012.

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz, O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?., p.103.

A partir desta análise, é claro entendermos que o pós-positivismo, ou a chamada “era dos princípios” não superou o positivismo clássico, pelo contrário, é impossível falarmos em um direito que não exista regras imperativas, que não exista uma carta de direitos escrita e positivada, até mesmo pela segurança jurídica é impossível falarmos em princípios sem falarmos em regras. Essa dicotomia é uma causa e consequência de uma mesma relação.

Noutro aspecto, falarmos que vigora hoje um Direito baseado tão somente nos princípios é não entender, na real essência, o significado dos princípios e a insegurança jurídica causada caso estes sejam usados de forma imprudente.

Neste sentido, valem ressaltar que a emblemática obra de Adolf Hitler, “Mein Kampf”, faz alusão do ideário principiológico de justiça por mais de 30 vezes, ou seja, um mesmo princípio pode financiar catástrofes intermináveis à sociedade e ao ordenamento.

#### **4 OS PRINCÍPIOS E PODER DISCRIONÁRIO DOS MAGISTRADOS**

A necessidade de um ordenamento misto, composto de regras e princípios, possibilita um equilíbrio à própria legislação e ao próprio juiz; as primeiras, impondo comando coercitivo e a segunda, dando margem a interpretação e divagação pelo aplicador do Direito. Portanto, as regras e princípios se complementam, dando um equilíbrio, sobretudo à Constituição.

No entanto, por sua característica genuína de abstração, se os vetores forem interpretados em descompasso ao espírito da Constituição (fundamentos, finalidades), estes podem contrariar até mesmo o ordenamento, já que por princípios o julgador pode justificar o que bem quiser. Portanto, a interpretação de princípios deve ser cautelosa.

Lênio Streck, preocupado com a realidade brasileira, de forma a elucidar este raciocínio, elabora em um de seus artigos a anedota denominada “teoria da Katchanga”. Nesta, ninguém sabe ao certo quais as regras, elas não estão pré-estabelecidas; o jogador que distribui as cartas é o que conhece as regras e ganha o jogo.

É a partir desta anedota, que devemos fazer uma reflexão: assim como o distribuidor de cartas, no jogo da Katchanga, conhece das regras e distribui as cartas tendendo

o jogo para seu benefício, não pode o juiz de forma desarrazoada criar normas próprias a partir de princípios.

É por esta razão, que o referido professor traduz de forma acertada a diferença latente entre decisão e escolha e a utilização dos princípios. A decisão, é resultado de um estudo racional, pré-existente à sentença. A decisão parte da premissa de um estudo sistemático das normas do ordenamento.

Em sentido oposto, a escolha judicial é a tradução ao mundo externo da teoria da “katchanga”. Nesta, o julgador antecipadamente já formou sua convicção e num ato despota, escolhe quem é o ganhador da lide. E aqui reside a temática deste trabalho: os princípios, em muitos casos, são os fundamentos para a justificativa do direito de escolha e isto torna-se muito perigoso e uma verdadeira afronta à segurança jurídica, já que a fundamentação não é resultado de uma análise ampla e crítica do processo, não implicando em uma cognição exauriente.

“É preciso deixar claro que existe uma diferença entre Decisão e Escolha. Quero dizer que a decisão- no caso a decisão jurídica- não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância”<sup>31</sup>.

Infelizmente, este é um dos grandes dramas da justiça brasileira. A massificação de processos, a quantidade de magistrados extremamente desproporcional ao número crescente de demandas e a utilização desordenada de princípios são elementos básicos para a insegurança jurídica.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 e o dever de fundamentação imposto pelo artigo 489, há uma tendência de melhora na qualidade das decisões judiciais. Trata-se de uma expectativa, já que propor palpites numa legislação

---

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz, 2012, (falta pagina).

totalmente nova seria um equívoco. A modernidade e sucesso deste novo código só será possível se também houver uma mudança brusca na mentalidade dos aplicadores do direito.

O papel do juiz jamais é o de escolher e depois arrumar argumentos para justificar sua decisão. O bom magistrado é aquele que decide conforme sua consciência, a partir de um estudo amplo e uma cognição exauriente e a consequência lógica, é a decisão.

## **5 CONCLUSÕES**

O surgimento do Código de Processo Civil de 2016 inaugura uma nova sistemática no ordenamento jurídico, a ideia de um processo constitucional que leva em conta os princípios como vetores necessários e obrigatórios para a interpretação sistemática. Há outras importantes mudanças no Novo Código Civil que não são objetos desta apreciação acadêmica, que visam agilizar o processo, com aproximação com a *como law*. No entanto, o recorte desta apreciação fica restrito a valoração ainda maior dos princípios.

Nesta mesma onda de constitucionalização de direitos, o Código de Processo Civil português de 2013 segue a mesma ideia de nossa legislação. Ao dispor sobre normas fundamentais, princípios basilares, a tendência das legislações modernas é tentar constitucionalizar ao máximo, as regras ali dispostas no parâmetro infraconstitucional.

O Brasil por meio da nova legislação processual busca prestigiar esses vetores denominados “princípios”. Por conta disso, denominou-se esta nova etapa que prestigia esses axiomas como “era dos princípios”, aproveitando a denominação e classificação de Norberto Bobbio feita em obra citada.

A Constituição de 1988 teve o condão de incompatibilizar às disposições previstas no já revogado Código Civil de 1916, que era uma legislação extremamente patrimonialista, desigual no tratamento de gêneros. Foi seguindo esta lógica, que o Código de Processo de 1973 se amoldou, também sendo uma legislação que tutelava muito o patrimônio (como exemplo clássico, a possibilidade de concessão de tutela antecipada somente nos procedimentos especiais), o que onerou ao legislador reformador e dever de adequá-lo à nova ordem constitucional, pós 1988. Assim nasce as cinco grandes reformas do já revogado Código de Buzaid.

O vigente e novo Código dá ao processo uma nova roupagem, jamais vista antes: a de ser um processo constitucional e por isso, fez o legislador questão de em diversos dispositivos, repetir a letra da própria Constituição.

Os princípios processuais e constitucionais mais do que nunca, a partir de agora, ganham força. Tranquilamente, hoje é possível provocarmos o Judiciário por princípios e não somente por regras, pois havia já nos tribunais uma interpretação nesse sentido, que ganhou força nas disposições processuais.

A tendência deste trabalho foi denunciar que a mentalidade dos aplicadores do Direito também deve mudar, buscando aperfeiçoar a interpretação constitucional do processo civil. De nada adiantaria um novo Código se não houver um novo estudo sobre o processo processual aliado somado também ao estudo da Teoria Geral do Direito e do Direito Constitucional. Esta é a nova tendência das futuras e modernas legislações espalhadas pelo mundo. Por isso, buscou-se discorrer sobre alguns dos fenômenos jurídicos decorrentes da chamada “era dos princípios”.

## **REFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo. WMF MARTINS FONTES, 2009.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Convenção Americana dos Direitos Humanos**, 1969, República da Costa Rica.

\_\_\_\_\_. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Maria da Penha (12.051). 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência**, Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17. 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, São Paulo. Editora Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, Rio de Janeiro. 2ª ed. RENOVAR, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1998, Brasília.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRG em REsp nº 382.736 – SC. 2004, Brasília. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/voto-banana-boat-humberto-gomes-barros.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 87.585-TO. 2008, Brasília. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/376\\_HC%202087585%20Voto%20Ministro%20Celo%20de%20Mello.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/376_HC%202087585%20Voto%20Ministro%20Celo%20de%20Mello.pdf). Acesso em 10 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 71.363/94-MG. 1994, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+71363.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+71363.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ovd3xsh>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 466.343. 2009, Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 633.703-MG. 2011, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+633703.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+633703.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cyh3hbe>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578. 2012, Brasília. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_ADC\\_29ADC\\_30ADI\\_4578.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf). Acesso em 08 de out. 2014

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Portugal. 6ª ed. ALMEDINA.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. 2007, Belo Horizonte. LÍDER, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 1999, São Paulo. SARAIVA. Disponível em [http://www.rolim.com.br/2002/\\_pdfs/068.pdf](http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/068.pdf). Acesso em 10 de outubro de 2014.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão, São Paulo. 1ª ed. MARTINS FONTES, 2006.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo, 1ª ed, 2ª tiragem. MARTINS FONTES, 2000.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes., Porto Alegre. SERGIO ANTONIO FABRIS, 1991.

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.49, n. 64, p. 84-113, jul/dez.2015.  
OLIVEIRA, João Victor Mendes de; AMARAL, Sérgio Tibiriça. A era dos princípios no Brasil: algumas críticas importantes.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**, São Paulo. 2ª ed. RT. 2014.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a José Joaquim Gomes Canotilho**. São Paulo. RT. 2009.

STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre. 2ª ed. LIVRARIA DO ADVOGADO, 2014.

\_\_\_\_\_. **O que é isto - decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre. 3ª ed. LIVRARIA DO ADVOGADO, 2010.

**Data de recebimento: 28/07/2015**

**Data de aceitação: 29/10/2015**