

---

## Introdução

---



Praticado um fato definido como crime, nasce, para o Estado, o direito de punir, que só pode ser concretizado através do processo. Para que se proponha a ação penal, é necessário o mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração penal e sua autoria; o meio mais comum para a colheita desses elementos é o inquérito policial. À soma dessa atividade investigatória com a ação penal se dá o nome de persecução penal.

A presente obra visa abordar, de forma clara e precisa, a aplicação do princípio do contraditório ao inquérito policial. Haverá a análise do princípio do contraditório, delimitado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, bem como do inquérito policial e suas características, chegando-se, ao final, à conclusão acerca de ser ou não aplicado declinado princípio no âmbito do inquérito.

Para tanto, deverá ser, primeiramente, feita a delimitação do princípio do contraditório, bem como a distinção entre processo e procedimento. Com base em tais conceitos, será identificada a natureza do inquérito policial, bem como se deve, ou não, haver aplicação do princípio do contraditório, levando-se em conta a atual exigência da presença de advogado, constituído ou nomeado, para o indiciamento do investigado nesta fase inquisitorial.

A discussão do presente trabalho ater-se-á à aplicação do princípio do contraditório à primeira fase da persecução penal, ou seja, ao inquérito policial. Busca-se resolver a questão e chegar a uma única possibilidade, apresentando-se, para tanto, as posições divergentes entre doutrina e jurisprudência, chegando-se a um denominador comum entre as posições antagônicas apresentadas por nossos doutrinadores.

O tema é por demais conflitante e, dependendo da posição adotada, mudar-se-á não só a natureza do procedimento, mas as efetivas garantias reconhecidas e aplicadas em procedimentos administrativos, com consequências diretas aos investigados no âmbito de um inquérito policial.

Diante dessas premissas, o primeiro capítulo analisará os princípios constitucionais e a importância destes dentro do arcabouço jurí-

dico, bem como a conceituação, chegando-se à análise consequente dos chamados princípios gerais do Direito. Também, por se tratar de matéria de suma importância para a completa elucidação do tema, será feita diferenciação entre princípios e regras; buscando-se a efetividade dos princípios constitucionais, faz-se mister observar como se dá a elucidação de eventuais conflitos entre ambos.

No segundo capítulo, haverá breves apontamentos dos princípios e garantias constitucionais, consagrando-se e discorrendo-se acerca dos mais relevantes princípios que norteiam o Direito processual penal, tarefa essencial para se chegar, ao final, às diretrizes das formas de interpretação legal. Esta última matéria, dentro do trabalho a ser elaborado, é de essencial valia, pois, por intermédio da interpretação teleológica, chegar-se-á à conclusão final acerca da admissibilidade, ou não, do contraditório no âmbito do inquérito policial.

Já no terceiro capítulo, será enfocado um dos centros da presente discussão, qual seja, o princípio do contraditório, enquadrando-se dentro do princípio do devido processo legal, bem como tecendo as distinções com o princípio da ampla defesa, com que guarda íntima relação. Buscando-se a efetividade do devido processo legal, deve-se dar especial atenção às garantias fundamentais processuais, tratando-se o contraditório e a ampla defesa de vigas de legitimidade da atuação do Estado de Direito.

Em continuação, no capítulo quarto, antes de se adentrar no estudo do inquérito policial, é fundamental a análise conceitual do processo e suas consequências jurídicas. Após essa conceituação, será abordada a definição de procedimento, bem como a distinção entre ambos os institutos, noções indispensáveis para se chegar à conclusão acerca da natureza jurídica do inquérito policial e, em consequência, à aplicação, ou não, das garantias constitucionais processuais ao mencionado procedimento.

No quinto capítulo, de forma minuciosa e atenta aos detalhes, serão analisadas as características e consequências do inquérito policial, da instauração até as conclusões possíveis. Serão enquadrados, após sua conceituação e descrição das principais etapas, autores e destinatários, bem como o procedimento, dentro da natureza jurídica, que se entende pelo desenrolar do trabalho.

Para o último capítulo, deixaremos o arremate da pesquisa, enfocando, mais uma vez, a natureza do inquérito policial, mencionando as garantias constitucionais eventualmente aplicadas a ele, bem como a sua relação direta com o princípio do contraditório. Será proposta a não

aplicação do princípio do contraditório ao inquérito policial, por se tratar de mero procedimento inquisitorial-administrativo, tornando lícita a prova colhida ou formada sem que dito princípio se faça presente.

Finalmente, a conclusão retoma, em síntese, os principais aspectos tratados ao longo da pesquisa nos capítulos anteriores e que possibilitaram se chegar à conclusão pela não aplicação do princípio do contraditório ao inquérito policial.

---

# Princípios Constitucionais

---

## 1. Princípios Constitucionais

---

No decorrer dos tempos, percebe-se um aumento considerável na utilização dos princípios, que antes eram tratados apenas por nossos doutrinadores, também pela jurisprudência, utilizando-os como forma de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, circunstâncias estas que, por si só, já tornam de suma importância o estudo do tema. A doutrina distingue, em geral, as normas como regras e princípios, colocando estes como as que abarcam os interesses mais relevantes da sociedade, não podendo ser atingidos por disposições contidas em regras.

As constantes mudanças no mundo atual, com o surgimento de novas tecnologias e modernos meios de comunicação, exigem uma adaptação do ordenamento para se obter a sempre almejada segurança jurídica, razão de ser do próprio Direito, em sua essência. Nesse cenário, visando atingir tais objetivos, surge a importância maior dos princípios constitucionais, dando um rumo que o hermeneuta deve seguir na difícil atividade de adaptação do direito posto às novas situações jurídicas que vão surgindo num mundo globalizado.

Definição encontrada no dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira e Marina Baird Ferreira<sup>1</sup> mostra-nos o princípio em várias acepções:

Princípio: 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...]. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe [...]. 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc.

Ao continuar-se na análise do referido dicionário, em passagem mais adiante, apresenta-se o significado de princípios – no plural -: “Prin-

---

1 FERREIRA, Aurélio Buarque de H.; FERREIRA, Marina Baird. *Dicionário Aurélio eletrônico*. Versão 2.0. [S.l.]. Regis e J.C.M.M., 1996.

cípios. [...] 4. Filos. Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado.”<sup>2</sup>

Percebe-se, assim, que no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema. Na definição de princípios jurídicos, feito pelo professor Roque Antônio Carraza,

[...] princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.<sup>3</sup>

Assim, os princípios são a base, o alicerce de um sistema jurídico, verdadeiras proposições lógicas que fundamentam e sustentam um sistema. Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica, condensando bens e valores considerados fundamentos de validade de todo o sistema jurídico.

Nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos,

Os princípios constituem idéias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto aos princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.<sup>4</sup>

Percebe-se, por esta rápida conceituação, que o aplicador do Direito passou a ter, nos dias atuais, como função essencial, não só conhecer os princípios, mas também saber como e onde aplicá-los, entendendo a função destes princípios para que se lhe apliquem corretamente. O princípio passou a ter não só a função de vetor de interpretação, mas

2 FERREIRA, Aurélio Buarque de H.; FERREIRA, Marina Baird. *Dicionário Aurélio eletrônico*. Versão 2.0. [S.l.]. Regis e J.C.M.M., 1996.

3 CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 29.

4 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

também a de delimitador da vontade subjetiva do aplicador do Direito, prevendo balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará a tarefa de fazer a justiça do caso concreto.

Passam a ser os princípios uma fonte de legitimação das decisões tomadas pelos aplicadores do Direito, em especial os magistrados, em suas manifestações, pois quanto mais procurarem tornar eficazes os princípios constitucionais, mais legítima será a decisão. Nas palavras de Paulo Bonavides, “[...] são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição.”<sup>5</sup>

## 2. Princípios Gerais do Direito

Os princípios gerais do Direito, classificados como princípios monovalentes, segundo Miguel Reale<sup>6</sup>, são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração, ou mesmo para a elaboração de novas normas. São os alicerces do ordenamento jurídico, informando o sistema independentemente de estarem positivados em norma legal.

Cabe relembrar que os princípios são proposições mais abstratas que dão razão ou servem de base e fundamento ao Direito, servindo não só de orientação, mas também de limite ao arbítrio dos aplicadores do Direito, sem que violem a consciência social. Contribuem para dotar o ordenamento jurídico em seu conjunto de seguridade, assegurando que condutas que se ajustem à Justiça não se vejam reprovadas pela norma positiva e permitindo resolver situações não contempladas em norma alguma positiva, mas que tenham relevância jurídica.

Como acima declinado, podem os princípios gerais do Direito estar ou não previstos no texto legal, todavia, todos são positivados, na medida em que possuem vigência sociológica. Em sua lição, De Plácido e Silva ensina que os “[...] princípios são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica.”<sup>7</sup>

5 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 254.

6 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 299.

7 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 447.

Dentro da Filosofia do Direito, encontramos a relação dos princípios com os preceitos imutáveis do Direito natural<sup>8</sup>, que correspondem a uma justiça maior e essencial, emanada da própria ordem equilibrada da natureza, independente da vontade do homem. Já na Teoria Geral do Direito, os princípios gerais são enunciados normativos – de valor muitas vezes universal – que orientam a compreensão do ordenamento jurídico<sup>9</sup>, levando em conta as ideias de justiça, liberdade, igualdade, democracia, dignidade, etc., que serviram, servem e poderão continuar servindo de alicerce para a construção do Direito, em constante evolução.

Os princípios gerais do Direito dentro do sistema jurídico brasileiro encontram-se previstos na Lei de Introdução ao Código Civil<sup>10</sup>, a qual reza que “[...] quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Nas lições de Miguel Reale, tais princípios são “[...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”<sup>11</sup>

Na sempre difícil conceituação dos princípios gerais do Direito, Luiz Regis Prado afirma que “[...] não são normas jurídicas *stricto sensu* e não integram o repertório do ordenamento jurídico, mas tomam parte em sua estrutura, isto é, na relação entre as normas de um sistema, conferindo-lhes coesão.”<sup>12</sup> Na mesma esteira se pronuncia Tércio Sampaio Ferraz Júnior, informando que tais princípios “[...] compõem a estrutura do sistema, não o seu repertório. São regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo.”<sup>13</sup> Já para Norberto Bobbio<sup>14</sup>, os princípios gerais do Direito são, de fato, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema.

8 REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 67 et seq.

9 DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios Gerais do Direito*. Tradução de Fernando de Bragança. São Paulo: Líder, 2003.

10 Artigo 4º - BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, poder Executivo, Brasília, DF, 9 set. 1942. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2011.

11 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.102.

12 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 188.

13 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 223.

14 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: UnB, 1997. p. 158.

### 3. Princípios e Regras

Distinguir regras e princípios constitui a base da justificação jusfundamental, sendo um ponto importante para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Além disso, tal distinção constitui um ponto de partida para se responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

No gênero normas, enquadram-se as espécies regras e princípios; assim, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas. Nos dias atuais, não há como, de forma simplista, definir o que sejam estas espécies, como se fazia há ainda pouco tempo atrás, onde o único fator distintivo entre ambas era o critério da generalidade. De forma mais acertada, nota-se que a incidência das regras está adstrita a determinadas situações, sendo tipificada de forma sempre mais objetiva; por outro lado, os princípios possuem maior grau de abstração, podendo ser aplicados às mais variadas situações.

Desde já cabe fixar a inexistência de hierarquia entre regras e princípios constitucionais, muito embora possam desempenhar funções distintas dentro do ordenamento jurídico. Assim, a lição do professor Willis Santiago Guerra Filho, distinguindo:

Normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deôntica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade.<sup>15</sup>

Assim, de todas as grandes celeumas que envolvem a Teoria dos Direitos Fundamentais, a distinção entre regras e princípios é certamente aquela que provoca infundáveis controvérsias no meio acadêmico e a qual os juristas estão cada vez mais longe de chegar – ao menos perto – a algum denominador comum acerca de seu objeto. Pode-se elencar três grandes teorias que se preocuparam em depurar as diferenças entre os princípios e as regras. Segundo o mestre Bonavides<sup>16</sup>, em primeiro lugar, existem os defensores de que, pelas mais variadas razões, não existe nenhuma diferença entre as espécies do gênero norma. Eles

15 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 52.

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 249.



rejeitam, peremptoriamente, a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios.

Nas lições de Canotilho<sup>17</sup>, há, contudo, aqueles que advogam que a distinção entre ambos seja de grau (referindo-se a grau de generalidade, abstração ou fundamentalidade). Esses são os representantes da Teoria da Separação de Grau, para os quais os princípios são, tradicionalmente, definidos como “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais” de um sistema, ou seja, os princípios seriam, neste viés, as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização daqueles, e, por isso, apresentam um caráter mais instrumental e menos fundamental.

Já a última corrente, preconizada por Alexy<sup>18</sup>, é a chamada Teoria da Separação Qualitativa, a qual preconiza que a distinção entre as espécies normativas é de caráter lógico. Adotaremos essa tese como o fundamento da nossa tomada de posição, pois acreditamos ser essa a teoria que melhor constrói a resposta para a diferenciação entre as regras e os princípios.

Ela tem início com o pensamento de Ronald Dworkin<sup>19</sup>; argumenta ele que, ao lado das regras, também co-existem os princípios e estes, ao contrário daquelas, possuem outra dimensão além da dimensão da validade, ou seja, a dimensão do peso. Assim, as regras ou valem, e por isso são aplicáveis em sua inteireza, ou não valem, e, logo, não são aplicáveis. Já para os princípios, essa indagação de validade perde sentido, uma vez que no caso de colisão entre eles, o que se procura avaliar é o peso de cada princípio conflitante. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso.

Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto, o que não afasta, no entanto, que em outros casos a situação possa se inverter. Esta é certamente a melhor resposta para dar condições de admissibilidade para esta teoria. Robert Alexy<sup>20</sup>, com base no pensamento de

17 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 1086-1087.

18 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 83-84.

19 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 90 et seq.

20 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 81 et seq.

Ronald Dworkin, elabora sua teoria e aperfeiçoa alguns pontos essenciais, dando maior rigor científico para a teoria da separação qualitativa.

Nas lições de Alexy, parte-se do pressuposto de que princípios e regras são espécies do gênero norma, pelo fato de ambos dizerem o que “deve ser”. A diferença entre ambos será sempre sob o aspecto qualitativo: enquanto os princípios são “[...] mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, [...] as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não”<sup>21</sup>. Dworkin<sup>22</sup> também alude a esta diferenciação entre regra e princípio, a qual dá à regra este caráter mais radical de cumprimento ou de descumprimento, ao passo que ao princípio destaca a dimensão do peso ou importância.

Segundo as lições de Alexy<sup>23</sup>, há uma série de elementos que auxiliam na diferenciação entre princípios e regras, dentre os quais se pode destacar: a) grau de generalidade; e b) diferenças quanto à qualidade.

Os princípios possuem grau de generalidade, enquanto as regras possuem grau baixo de generalidade (grau de abstração relativamente reduzido). Destarte, os princípios gozam de certa indeterminabilidade na aplicação ao caso concreto, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação imediata<sup>24</sup>. Pode-se concluir, assim, que os princípios fundamentam toda a ordem jurídica através do universo de valores, devendo ser utilizados para preencher as lacunas existentes na lei, além de originarem outros princípios correlatos.

Ademais, os princípios e as regras constituem condutas, permissões e mandamentos, fazendo parte do chamado juízo do dever ser<sup>25</sup>. Ocorrendo choque entre princípios e regras, aquele deve prevalecer, ao passo que, se o caso envolver colisão entre princípios, a solução passará pelo exame da lei de colisão.

Quanto à qualidade, cabe desde já estabelecer que os princípios são mandatos de otimização. Enquanto os princípios configuram ordem, não deixam margem para descumprimento e devem ser atendidos, as

---

21 Ibid., p. 85 et seq.

22 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 101 et seq.

23 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 85-86.

24 Ibid., p. 85-86.

25 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. pp. 86-87.

regras devem ser cumpridas ou não. Nos casos onde houver colisão entre princípios, deve-se interpretá-los para se alcançar a solução do caso concreto, mas jamais desatendê-los. Quanto a eventual conflito de regras, o problema será resolvido no campo da validade e não no caso concreto como ocorrerá na colisão de princípios<sup>26</sup>.

Com isso, percebe-se que os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. As regras, por sua vez, não deixam margem para outra solução. De forma simplista pode-se estabelecer que os princípios servem de acessórios interpretativos, formando enunciados que consagram conquistas éticas da civilização, aplicando-se a todos os casos concretos. Já no tocante às regras, há possibilidade de melhor interpretá-las no campo da validade, sem que se chegue à imperatividade observada nos princípios.

Essa distinção entre regras e princípios se mostra de maneira mais clara nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. É certo que pode ocorrer que duas normas (princípios ou regras), aplicadas independentemente, conduzam a resultados incompatíveis, ou seja, pode haver dois juízos de dever-ser contraditórios. Mas a diferença está na forma como solucionar o conflito.

No conflito de regras, a solução será a introdução em uma delas de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou a declaração de invalidade de uma das regras, que será expurgada do ordenamento jurídico. O conflito de regras se opera no nível da validade jurídica, que não comporta graus – uma norma vale ou não vale juridicamente. O que é necessário ressaltar é que a decisão sobre o conflito de regras é uma decisão acerca da validade<sup>27</sup>.

Já no tocante aos princípios, a colisão entre eles deve ser solucionada de maneira totalmente distinta, no campo do valor<sup>28</sup>, tendo um que ceder face ao outro. Isso não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que, no princípio desprezado, deva ser introduzida uma cláusula de exceção; o que vai determinar qual o princípio que

26 Ibid., pp. 86-88.

27 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87.

28 GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n° 02, p. 139, 2003.

deve ceder serão as circunstâncias, havendo, no caso concreto, prevalência do princípio com maior peso<sup>29</sup>.

Nas lições de Canotilho<sup>30</sup> pode-se concluir que a primeira propriedade importante que resulta do que até aqui foi dito é o diferente caráter *prima facie* das regras e princípios. Enquanto, os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, não constituindo ordens definitivas, as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contendo uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

Em suma, os princípios determinam os objetivos do sistema jurídico sobre a comunidade que ele governará; as regras serão os instrumentos específicos para atingir estes fins, abstratos em sua maioria, e de efeitos indeterminados. Os princípios são reverenciados como pilares de qualquer ordenamento jurídico, explicitando valores e instituindo determinados comportamentos preliminares a serem observados, mas que podem colidir entre si ou serem aplicados parcialmente, prevendo fins a serem atingidos.

A melhor definição de princípios seria a de que são normas que estabelecem diretamente fins para cuja concretização preveem, com menor exatidão, qual o comportamento devido, dependendo, assim, mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos de interpretação para a determinação da conduta devida<sup>31</sup>. Por outro lado, regras são normas que estabelecem diretamente fins para cuja concretização estabelecem, com menor exatidão, qual o comportamento devido, dependendo menos intensamente da sua relação com outras normas e de determinados atos de interpretação.

Pode-se afirmar que os princípios expressam deveres *prima facie*. Em sua aplicação concreta, contudo, o dever definitivo poderá diferir do dever *prima facie* expressado pelos princípios isoladamente considerados. Aquele dever definitivo terá, sim, que ser realizado no todo, mas isso não significa que a distinção entre regras e princípios seja afe-

29 ALEXY, op.cit., p. 94, nota 27.

30 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 1086.

31 GRAU, EFOS Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, nº 02, p. 142, 2003.

tada<sup>32</sup>, pois não é o conteúdo de dever-ser dos princípios que estará sendo realizado no todo, mas somente o conteúdo de dever-ser de uma regra que terá surgido como produto do sopesamento entre os princípios colidentes, valendo somente para aquele caso concreto ou para casos cujas possibilidades fáticas e jurídicas sejam idênticas.

#### 4. Colisão entre Princípios

---

Premissa básica para o estudo e entendimento da colisão entre princípios é a ideia inicial de que os princípios se correlacionam e se interagem. Ao se analisar um caso concreto, pode-se constatar que mais de um princípio possa ser aplicado, gerando dúvidas de qual possa ser efetivamente utilizado sem prejuízo ao ordenamento; tal circunstância levou à fixação de determinados critérios para tentar afastar a colisão. De acordo com o caso concreto, deve o intérprete dar privilégio a um em detrimento de outro, caso ocorra eventual colisão, dentro de um juízo de ponderação, mas jamais deverá desatender ou violar um princípio sob pena de colocar em risco a integralidade do sistema jurídico.

Essencial, ainda, que se tenha em mente a diferença entre regras e princípios, pois a norma que consagra direito fundamental será sempre compreendida como principiológica. Os princípios são mandamentos de otimização, trazendo, em seu bojo, valores que se cumprem na medida do possível, fato que distancia a solução da colisão de princípios do conflito de regras; eventuais colisões entre princípios serão solucionadas de forma que o acatamento a um não implique o desrespeito completo do outro.

Com efeito, há uma conjugação dos objetivos previstos em cada princípio, para que se escolha qual será prevalente em determinado caso concreto. Quando dois princípios estão em colisão, um dos dois tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado, ou, então, que, no princípio desprezado, deva ser introduzida uma cláusula de exceção. O que vai determinar qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias do caso concreto, prevalecendo o princípio com maior peso.

Enquanto o conflito de regras se resolve na dimensão da validade, a colisão de princípios tem lugar mais além da validade, resolve-se na dimensão do peso. Na ponderação entre dois princípios de mesma categoria

---

32 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 92.

abstrata, deve-se observar qual dos princípios possui maior peso no caso concreto; essa relação de tensão não pode ser solucionada no sentido de dar uma prioridade absoluta a um dos princípios garantidos pelo Estado.

Assim, o conflito deve ser solucionado por meio de uma ponderação dos interesses opostos, estabelecendo-se qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso diante das circunstâncias do caso concreto. Os dois princípios conduzem a uma contradição: isso significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica do cumprimento do outro. Essa situação não é solucionada declarando um destes princípios inválidos e eliminando-o do sistema jurídico, ou, então, introduzindo uma cláusula de exceção em um dos princípios.

A solução da colisão consiste em, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada, indicando as condições segundo as quais um princípio precede ao outro. Assim, não há que se falar em relação entre dois princípios de mesma categoria que seja uma relação de precedência incondicionada abstrata, absoluta; dizer o contrário significaria elaborar uma lista de princípios que sempre prevaleceriam sobre outros.

Não há hierarquia formal abstrata entre os princípios; a prevalência de um sobre o outro vai depender das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto. Por isso se diz existir uma relação condicionada, ou concreta, relativa, devendo-se chegar à conclusão de qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder. Na verdade, não se fala em precedência de um princípio, interesse, pretensão, direito ou de algum outro objeto similar, mas se menciona condições segundo as quais se produz uma lesão de um direito fundamental.

Chega-se, após essas conclusões, à chamada lei de ponderação, que pode ser resumida da seguinte forma: as condições segundo as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente. Essa lei reflete o caráter dos princípios como mandatos de otimização entre os quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, se referem a ações e situações que não são quantificáveis.

No escólio de Alexy<sup>33</sup>, para se chegar à solução da colisão, deve-se seguir alguns passos nas chamadas “fases da ponderação”: (a) primeiro se investigam e identificam os princípios em conflito; (b) segundo,

33 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. pp. 87 et seq.

atribui-se o peso ou importância que lhes corresponda, conforme as circunstâncias do caso concreto; e (c) por fim, decide-se sobre a prevalência de um deles sobre o outro (ou outros). O resultado da ponderação é a decisão em si, a solução corretamente argumentada conforme o critério de que, quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do cumprimento do princípio que prevalece.

Cabe, novamente, lembrar que, antes de iniciar qualquer ponderação, nenhum princípio deve ser inválido e nenhum tem precedência absoluta sobre o outro, mas pode ser formulada uma regra de procedência geral ou básica quando se determina em quais circunstâncias especiais um princípio deve ceder ao outro, estabelecendo, assim, algumas exceções. Conclui-se que os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, não constituindo, como acima já dito, determinações finais.