

# CONFLITO ENTRE REGRAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988\*

Pedro Pereira Pimenta

Sumário: 1. Introdução. 2. Noções gerais. 2.1. Norma e enunciado normativo. 2.2. Ordenamento jurídico: sistema jurídico. 2.3. Antinomias. 2.4. Classificação das antinomias. 2.5. Critérios para solução de antinomias. 2.6. Antinomias de segundo grau (ou conflito de critérios para solução das antinomias). 3. Conflito entre regras constitucionais. 3.1. Normas constitucionais: características. 3.2. As normas constitucionais: regras e princípios. 3.3. Regras e princípios: distinções. 3.4. Regras e princípios: à luz de Alexy. 3.4.1. O começo da história: princípio e regras, segundo Dworkin. 3.4.2 Princípio como mandamento de otimização. 3.4.3. Regras e princípios: direitos definitivos e direitos prima facie. 3.4.4. Conflitos normativos. 3.4.4.1. Conflito de regras. 3.4.4.2. Colisão de princípios. 3.4.4.3. Colisão entre princípio e regra. 3.5. Conflito normativo na Constituição: em busca de um critério objetivo para solucioná-lo. 3.5.1. Critério hierárquico: lex superior derogat lex inferior. 3.5.2. Critério cronológico: lex posterior derogat lex priori. 3.5.3. Critério da especialidade: lex specialis derogat lex generali. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

---

\* Relatório da disciplina Direito Constitucional I e II – A Justiça Constitucional em Debate, sob Regência do Senhor Professor Doutor Miguel Nogueira de Brito – Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito, da Universidade de Lisboa – ano letivo 2012/2013.



em pretensão de aprofundar, o intuito é demonstrar a possibilidade de existência de *conflitos entre regras* na Constituição Federal de 1988 (CF/88), apontando, na medida do possível, um método racional para identificá-los e solucioná-los.

O percurso divide-se em duas etapas: a primeira trata, em termos gerais, de apontar noções preliminares acerca da diferença entre norma e enunciado normativo, a necessidade de coerência do ordenamento jurídico para ser concebido como sistema e, por fim, discorrer sobre os métodos clássicos (cronológico, de especialidade e hierárquico) na solução das denominadas antinomias normativas. A segunda etapa atém-se, particularmente, a discorrer sobre o tema, agora sob a perspectiva das normas constitucionais, adotando a teoria de Alexy acerca dos princípios e regras, com o fito de apontar um método coerente e racional para identificação e solução dos conflitos entre regras na CF/88.

## 2. NOÇÕES GERAIS

Norma e enunciado normativo são a mesma coisa? É possível a existência de um ordenamento jurídico em que suas normas são conflitantes? O que é um sistema normativo? Como identificar e solucionar um conflito normativo? O que pretende esta etapa é apresentar subsídios para responder a essas perguntas, consideradas as noções prévias necessárias para se avançar à etapa seguinte que tratará, particularmente, da questão sob o viés do conflito entre regras presentes na CF/88.

### 2.1. NORMA E ENUNCIADO NORMATIVO<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Usam-se, também, como sinônimos de enunciado normativo: proposição, texto normativo.

O conceito de norma encontra-se na base do estudo da Ciência do Direito. É o mais fundamental de todos os conceitos dessa ciência e, por tal motivo, as discussões e teses são variadas e polêmicas a esse respeito<sup>2</sup>. Mas o objetivo desse limitado trabalho não consiste em aprofundar, necessariamente, sobre o que seja norma como estrutura básica da Ciência do Direito e daí fazer um tratado, pois, além de o espaço ser incompatível, é preciso focar no objeto proposto, sob pena de se perder nos detalhes apresentados no transcorrer do percurso.

No sentido mais geral, norma tem um significado único: *algo que deve ser*<sup>3</sup>. Já as normas jurídicas têm por conteúdo condutas humanas<sup>4 5</sup>, o que se traduz, não obstante outras posições, em *condutas de dever ser* estabelecidas por ato de autoridade<sup>6</sup>. São comandos imperativos expressados por meio de uma proposição normativa<sup>7</sup>. Não há como confundir as *normas jurídicas* e as *proposições ou enunciados normativos*<sup>8</sup>, pois são

---

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 51.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Versão condensada pelo autor. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3ª edição. São Paulo: RT. 2003. p. 29-30.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 80.

<sup>5</sup> Para além dessas normas, que têm por referência as condutas humanas, existem aquelas denominadas normas de estrutura ou normas de competência que de forma *imediate* não prescrevem condutas humanas, mas as condições e os procedimentos por intermédio dos quais surgem as normas de condutas válidas (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª edição. Reimpressão 2006. Brasília: UnB Editora. 1999. p. 33). Mas, de certa forma, sob uma perspectiva geral e *mediata*, essas normas também têm por referência condutas humanas para a produção de normas válidas, posto que essas não surgem por geração espontânea.

<sup>6</sup> “As normas jurídicas [...] são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por elas serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do direito.” KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Ob. Cit. p. 80.

<sup>7</sup> Hans J. Wolff *apud* ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 51. O termo norma significa conteúdo (sentido) imperativo expresso num enunciado jurídico.

<sup>8</sup> Vários autores fazem essa diferenciação, embora as nomenclaturas dessas realidades (norma e proposição) sejam diversas. Nesse sentido: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 53. Nota 10.

elementos distintos. A proposição é, na verdade, um enunciado da norma jurídica. Não é expressão independente e plena, mas um juízo que contém um enunciado sobre determinada norma jurídica<sup>9</sup>, tendo por objeto descrevê-la. A norma jurídica tem por objeto regulamentar a conduta dos indivíduos<sup>10 11</sup> e *pode* ser expressa por diferentes enunciados normativos ou, até mesmo, por sinais<sup>12</sup>, *v.g.*, as luzes do semáforo, uma placa de trânsito, o apito de um guarda de trânsito.

O texto normativo está para a norma jurídica, assim como o símbolo está para o significado<sup>13 14</sup>, de modo que o símbolo seria o texto normativo e o significado a norma jurídica, ou seja, a norma é o significado de um texto normativo<sup>15</sup>. Os

---

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena. Conceito de norma jurídica como problema de essência. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 66.

<sup>10</sup> “o *dever-ser* – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade e – se uma norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo.” KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris. 1986. p. 3.

<sup>11</sup> *Pode* e, não necessariamente, *deve ter* por referência os modais deônticos básicos de *dever*, *da proibição* e *da permissão*, pois nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 54 e 57.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 54 e 56.

<sup>13</sup> Esses elementos, juntamente com o signo, são objetos de estudo da semiótica. Não se pode confundir o signo com o símbolo. “A diferença entre signo e símbolo consiste no fato de que o signo (sinal) é natural enquanto o símbolo é artificial, um produto elaborado pelos seres humanos.” (ROSS, Alf. Direito e justiça. Trad. Edson Bini. Rev. Alysson Leandro Mascaro. 1ª edição. Bauru: Edipro. 2000. p. 139).

<sup>14</sup> Ou ainda: “[...] por analogia aos símbolos lingüísticos quaisquer, podemos dizer que o texto escrito está para a norma jurídica tal qual o vocábulo está para sua significação. Nas duas situações, encontraremos o suporte físico que se refere a algum objeto do mundo (significado) e do qual extraímos um conceito ou juízo (significação). [...] a norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante as diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador. Ao enunciar os juízos, expedindo as respectivas proposições, ficarão registradas discrepâncias de entendimento dos sujeitos, a propósito dos termos utilizados.” CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 16ª edição. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 8-9.

<sup>15</sup> “... o texto da norma é o “sinal lingüístico”; a norma é o que se “revela” ou

símbolos, sejam eles *linguísticos ou não*, são os suportes utilizados pelas autoridades para expressar a norma, e, *v.g.*, o texto normativo é suporte material do intérprete; a norma jurídica decorrerá da significação de como algo se produz na mente do intérprete e é resultante dessa percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. O texto normativo é interpretado, enquanto a norma jurídica é o produto dessa interpretação<sup>16 17</sup>, sendo que, para tal, além do texto normativo, deve ser levada em conta a sua contextualização, não somente em relação a outros enunciados com os quais tenha conexão<sup>18</sup>, mas também às circunstâncias, *v.g.*, realidade social onde incidirá a norma jurídica. Assim, o “*texto é apenas um enunciado linguístico e a norma é o produto da interpretação deste enunciado*”<sup>19</sup>, mas, conjuntamente com os fatos<sup>20</sup>, enfim, com a realidade na qual se insere.

## 2.2. ORDENAMENTO JURÍDICO: SISTEMA JURÍDICO

Nenhuma norma jurídica vaga à solta e isolada, mas encontra-se inserida num contexto de normas, ou seja, num contexto normativo, o qual se denomina *ordenamento jurídico*<sup>21</sup>, entendido como *conjunto de normas*<sup>22 23</sup>.

---

“*designa*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª edição. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina. 2003. p. 1.218).

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 55.

<sup>17</sup> “*O dever ser da norma jurídica tem sentido prescritivo (imperativo) e o dever ser da proposição, um sentido descritivo (indicativo);*” (DINIZ, Maria Helena. Conceito de norma jurídica como problema de essência. Ob. Cit. p. 68).

<sup>18</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2013. p. 358.

<sup>19</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra: Coimbra Editora. 1991. p. 45.

<sup>20</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 191.

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 19.

<sup>22</sup> A Teoria do Ordenamento Jurídico “*conduz a uma transmutação da perspectiva no tratamento de alguns problemas da teoria geral do direito (...): enquanto, pela*

De outro tanto, considerando as diversidades possíveis da conduta humana a serem qualificadas pelas modalidades deontológicas (proibido, permitido e obrigatório), seria impossível conceber um ordenamento jurídico que se resumisse a uma única norma que contivesse todas essas condutas possíveis e que fosse qualificada num modal deontológico único. Ademais, não se pode esquecer que, para além dessas normas de conduta, existem aquelas denominadas normas de estrutura ou normas de competência que não prescrevem, necessariamente, uma conduta, mas as condições e os procedimentos a partir dos quais se originam as normas de condutas. Como conceber um ordenamento jurídico composto de uma única norma capaz de compreender essa diversidade de normas? Portanto, a ideia de ordenamento jurídico pressupõe a existência de mais de uma norma (pelo menos), donde se infere ser impossível conceber um ordenamento jurídico composto de uma única norma<sup>24</sup>.

Mas essas normas não são simplesmente aglutinadas uma ao lado das outras, aleatoriamente, tendentes à dispersão. Constituem um *conjunto*<sup>25</sup> ou *sistema*<sup>26</sup> normativo<sup>27</sup> (ordenado, e

---

*teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte do ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos.*" (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 30-31).

<sup>23</sup> "Essa definição geral de ordenamento pressupõe uma única condição: que à constituição de um ordenamento concorram mais de uma norma (pelo menos duas), e que não haja ordenamento composto de uma norma só." (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 31).

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 31-34.

<sup>25</sup> "G. Cantor, fundador da teoria do conjunto, definiu o C [conjunto] como "coleção, em um todo único, de objetos definidos e distintos que se oferecem a nossa intuição ou a nosso pensamento: objetos que são denominados elementos do C." (ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. 3ª edição. Martins Fontes: São Paulo. 1998. p. 184).

<sup>26</sup> Sistema é "o conjunto de elementos dependentes uns dos outros, de modo a formar um todo organizado." (LALANDE, André. Vocabulário técnico e crítico da filosófica. Trad. Fátima de Sá Correia, Maria Emília V. Aguiar, José Eduardo Torres

não desordenado ou desorientado). Essa noção implica atribuir ao conjunto normativo, entre outras, as seguintes características: 1<sup>a</sup>) o conjunto é internamente determinado em decorrência da regra que o constitui e do princípio do terceiro excluído, sempre se podendo decidir se um objeto qualquer pertence ou não ao conjunto, ou seja, se constitui norma jurídica estará, necessariamente, inserida nesse conjunto; 2<sup>a</sup>) o conjunto é unidade; 3<sup>a</sup>) o conjunto é uma multiplicidade coerente no sentido de que seus elementos [normas jurídicas] podem estar juntos sem contradição<sup>28</sup>.

De forma genérica, o ordenamento jurídico consiste num determinado plexo de normas<sup>29</sup>. Em termos mais elaborados, é pressuposto do ordenamento jurídico ser dinâmico, aberto<sup>30</sup>, coeso (remetendo à unidade), completo e coerente<sup>31</sup>, norteado pelas ideologias (de origem interna ou externa) em voga naquele corpo coletivo<sup>32</sup>.

Para constituir-se numa *unidade*, esse conjunto normati-

---

e Maria Gorete de Souza. 3<sup>a</sup> edição. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 717).

<sup>27</sup> Alguns entendem que as expressões “conjunto” e “sistema” são sinônimas (LO-SANO, Mario G. Os Grandes sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. XIX). “O conceito de sistema, no Direito, está ligado ao de totalidade jurídica. No conceito de sistema está, porém, implícita a noção de limite. Falando-se em sistema jurídico surge assim a necessidade de se precisar o que pertence ao seu âmbito, bem como se determinar as relações entre sistema jurídico e aquilo que a ele se refira, embora não fazendo parte de seu âmbito, e aquilo a que ele não se refira de modo algum.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Conceito de sistema no direito. São Paulo: RT. 1976. p. 129). Para Bobbio, sistema é uma qualidade do ordenamento jurídico que pressupõe a relação dos elementos com o todo e também entre si, de forma completa e coerente (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 71). Esse será o sentido aqui adotado.

<sup>28</sup> Nesse sentido: ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. Ob. Cit. p. 184.

<sup>29</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 3<sup>a</sup> edição. São Paulo: Atlas. 2001. p. 171.

<sup>30</sup> GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 4<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 22.

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 34-35.

<sup>32</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito... Ob. Cit. p. 171-193.

vo tem por problema fundamental a *hierarquia das normas*<sup>33</sup>. Para compreender esse ordenamento como *sistema jurídico* faz-se necessário que esse conjunto normativo (cujo problema fundamental são as *lacunas normativas*) seja *completo* e seja também *coerente*, remetendo à ideia das *antinomias jurídicas*<sup>34</sup>. Justamente a coerência do ordenamento jurídico constitucional é que interessa na compreensão do tema proposto neste trabalho.

Não obstante a diversidade de significados sobre o que seja *sistema*<sup>35</sup>, o entendimento do ordenamento jurídico como tal<sup>36</sup> pressupõe que seus elementos [normas jurídicas] se relacionam com o todo, mas, também, e necessariamente, um relacionamento coerente entre si<sup>37</sup>, donde sistema é entendido como ordem<sup>38</sup> das partes [normas] que se interrelacionam<sup>39</sup> formando

---

<sup>33</sup> Remete-se aqui à estrutura escalonada do direito proposta por Kelsen, em que a norma hierarquicamente superior serve como suporte de *validade* à norma inferior. (Nesse sentido, ver “*dinâmica jurídica*” in KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Ob. Cit. p. 215 a 308).

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 34-35.

<sup>35</sup> Bobbio alerta que o termo “sistema” “... é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências.” (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 76).

<sup>36</sup> Aqui, segue-se a distinção feita por Bobbio entre ordenamento como substância e sistema normativo ou jurídico como sendo um *ordenamento jurídico qualificado* pela coerência e pela completude (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 34-35). Trata o referido autor da coerência e da completude do ordenamento jurídico em capítulos distintos (respectivamente capítulos 3 e 4), em sua obra Teoria do ordenamento jurídico.

<sup>37</sup> “Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.” (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 71).

<sup>38</sup> “O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1993. p. 128). Nesse sentido: “O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica coerência ou, talvez mais



uma *totalidade* que se constitui *num discurso organizado*<sup>40</sup> e coerente entre si, objetando as incompatibilidades entre os seus elementos, ou seja, entre as normas que o compõem. O ordenamento jurídico entendido como sistema, portanto, equivale, também<sup>41</sup>, à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas, não pelo fato dessas normas se encaixarem umas nas outras (sistema dedutivo perfeito), mas, por excluir a incompatibilidade de suas partes simples. Portanto, é incorreto falar em coerência do ordenamento jurídico como um todo, pois esse comporta várias normas que não se encaixam umas nas outras. Porém, exige-se coerência somente entre as suas partes simples. Por tal, o sistema jurídico não é dedutivo, pois, nesse sistema, a existência de incoerência provocará a ruína de todo o sistema, enquanto que a incompatibilidade entre duas normas [partes do ordenamento jurídico] não consistirá em “*queda de todo o sistema, mas somente de uma das normas ou no máximo das duas*”<sup>42</sup>. De outro tanto, não basta somente a demonstração da validade da norma em face da norma hierarquicamente superior que lhe emprestou tal atributo<sup>43</sup>, mas é

---

*rigorosamente, consistência; projecta-se em sistema; é uma unidade de sentido ..”* (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2000. p. 225-226*).

<sup>39</sup> Pontua Geraldo Ataliba que: “*De nada vale o conhecimento de uma seara, se se desconhece sua articulação com as demais. De pouco vale a familiaridade com certas informações, se não se as coordena com o universo do direito, se não sabe filiá-las, explicá-las e concatená-las com os fundamentos em geral e com o todo sistemático onde inseridas. É inútil o conhecimento que se limita à superfície dos fenômenos jurídicos, sem buscar penetrar seus fundamentos explicativos e justificativos.*” Prefácio ao livro de Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: RT. 1977. p. XIII.

<sup>40</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Ob. Cit. p. 908-909.

<sup>41</sup> Pois também pressupõe a completude do ordenamento jurídico.

<sup>42</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Ob. Cit. p. 80.

<sup>43</sup> Segundo Kelsen, o Direito é observado sob a perspectiva de uma teoria estática ou sobre a perspectiva de uma teoria dinâmica. Essa tem por objeto o processo jurídico em que o direito é produzido, o direito em movimento. Aquela tem por objeto o direito como um sistema de normas em vigor. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Ob. Cit. p. 79-80).

necessário verificar a incompatibilidade das normas entre si. *“Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras<sup>44</sup>.”*

## 2.3. ANTINOMIAS

De origem grega (*antinomos*), significa contradição que pode ser real ou aparente, evidenciada entre duas leis<sup>45</sup> [normas]. Significa, em síntese, oposição recíproca<sup>46</sup>, contradições ou conflitos de leis<sup>47</sup>.

Antinomia consiste na existência de duas normas, *“das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”*, mas é necessário que as duas normas pertençam ao mesmo ordenamento e tenham o mesmo âmbito de validade, seja temporal, espacial, pessoal ou material<sup>48</sup>. Ou seja, antinomia é a *“situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade<sup>49</sup>”*.

Para que ocorra incompatibilidade entre normas, é necessária a concorrência das seguintes condições<sup>50</sup>: a) que as nor-

---

<sup>44</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 81.

<sup>45</sup> SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 27ª edição. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense. 2006. 114.

<sup>46</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3ª edição. Curitiba: Positivo. 2004. p. 151.

<sup>47</sup> ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. Ob. Cit. p. 63-64.

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 86-88.

<sup>49</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 88.

<sup>50</sup> Seguem-se, de perto, as condições apontadas em DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 21-24, que teve por base a seguinte definição de antinomia: *“é a oposição que ocorre entre duas ou mais normas (total ou parcialmente contraditórias), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, as quais colocam o destinatário numa posição insustentável devido à ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.”* FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Antinomia in Enciclopédia saraiva de direito. Vol. 7. São Paulo: Saraiva. 1977. p. 14.

mas sejam jurídicas, pois não há antinomia entre uma norma jurídica e uma norma moral, posto que o contraste entre ambas é de dever moral e não do ponto de vista jurídico; b) que as normas devam pertencer ao mesmo ordenamento jurídico e ter o mesmo âmbito de validade<sup>51</sup>. Não há falar de antinomia entre, v.g, o código tributário brasileiro e o código tributário argentino<sup>52</sup>; c) que as normas devam emanar de uma mesma au-

---

<sup>51</sup> Seja ele espacial, temporal, pessoal, material, conforme apontado por Bobbio *in* Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 87-88.

<sup>52</sup> Quanto aos tratados, são frequentes os conflitos entre eles e as leis internas. Nesse aspecto há duas teorias: uma dualista, tendo por defensores Triepel e Anzilott, e a monista, liderada por Hans Kelsen. Para os dualistas o direito interno rege relações de direito intra-estatais e o direito internacional relações jurídicas interestatais, constituindo sistemas jurídicos distintos, não havendo concorrência nem conflitos entre os dois sistemas. Portanto, são dois círculos que não se sobrepõem, mas se tangenciam. Não há confusão e, por isso, não há conflitos entre eles. Já para os monistas, é impossível a existência de dois sistemas jurídicos válidos. Assim, as normas de direito interno e de direito externo convergem e se sobrepõem, sendo necessário encontrar uma solução que discipline essas normas dentro de uma ordem jurídica única. Surgiram, com o tempo, três escolas monistas: a) a que defende a primazia do direito interno sobre o internacional; b) a que defende a primazia do direito internacional sobre o direito interno e c) a que equipara o direito interno ao internacional, dependendo a prevalência da ordem cronológica. Em termos gerais, se uma soberania (país) for signatária de determinado tratado, a norma internacional constante no tratado será: a) admitida como norma internacional, no sentido de sistema jurídico distinto do interno (teoria dualista). Nesse caso não há falar em antinomias entre os sistemas jurídicos interno e internacional; b) internalizada ao ordenamento jurídico interno (teoria monista). Nesse caso admitir-se-á conflito, a ser resolvido conforme a escola monista adotada.

O Brasil, a princípio, inclinou-se pelo monismo absoluto (o tratado sempre prevalece sobre a lei), nesse sentido é o art. 98, do Código Tributário Nacional (CTN), *verbis*: “*Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.*” No entanto, veio à baila a decisão do STF no RE 80.004, *verbis*: “*Convenção de Genebra, lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias - Aval aposto na nota promissória não registrada no prazo legal - Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec-Lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do*

*título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido.*” (DJ 29/12/77, p. 9.433). Alguns apontaram que o STF recuou, quanto à prevalência do direito internacional (MELLO, Celso D. Albuquerque. Direito constitucional internacional. Rio de Janeiro: Renovar. 1994. p. 344); na verdade a Suprema Corte passou a adotar o monismo moderado, que segundo seu entendimento, o tratado é incorporado à ordem interna, no mesmo nível de hierárquico da lei ordinária, não se sujeitando em termos de regra geral ou particular, mas em termos de regra anterior e posterior. (Nesse sentido: DOLINGER, Jacob Direito internacional privado. Parte geral. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 91-96). Mas existem exceções, quanto às normas tributárias, nos termos do já citado art. 98, do CTN, nos casos de extradição, Lei 6.815/80 (conforme se observa do acórdão: “*Extradição: prisão preventiva: prazo para a formalização do pedido de extradição: divergência entre o art. 82, §§2º e 3º, da L. 6.815/80 - noventa dias contados da data em que efetivada a prisão preventiva - e o art. VI do Tratado Brasil- Argentina - quarenta e cinco dias, contados do recebimento do pedido de prisão preventiva, vencidos os quais "o detido será posto em liberdade": prevalência, no caso, do estipulado no acordo bilateral. 1. No sistema brasileiro, ratificado e promulgado, o tratado bilateral de extradição se incorpora, com força de lei especial, ao ordenamento jurídico interno, de tal modo que a cláusula que limita a prisão do extraditando ou determina a sua libertação, ao termo de certo prazo, cria direito individual em seu favor, contra o qual não é oponível disposição mais rigorosa da lei geral. 2. De qualquer modo, ainda quando se pudesse admitir, em questão de liberdade individual, que ao Estado requerente fosse dado invocar, ao invés do tratado que o vincula ao Brasil, a norma a ele mais favorável da lei brasileira de extradição, só o poderia fazer mediante promessa específica de reciprocidade: ao contrário, pedida a prisão preventiva com base no Tratado, e somente nele, há de prevalecer o que nele se pactuou.*” (STF, PPE 194 QO, DJ 04/04/97, p. 10. 523). Nesse sentido, ver: BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 15-18).

Quanto ao direito comunitário, esse é visto como um ramo do direito internacional público com características próprias, v.g. supranacionalidade, a cessão de competências soberanas à comunidade. “*Ele é considerado uma categoria especial dentro da ordem jurídica dos Estados-membros. Essa é a posição da Corte de Justiça das Comunidades Européias.*” (MELLO, Celso D. Albuquerque. Direito constitucional internacional. Ob. Cit. p. 325). Os tratados institutivos das comunidades européias e as disposições comunitárias dotadas de aplicabilidade direta impõem-se sobre a legislação interna, quer com base no princípio da especialidade ou na da competência prevalente (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 5ª edição. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina. 1992. p. 915-916). No Brasil, particularmente, os tratados podem ser internalizados de duas formas: a) tratados sobre direitos humanos aprovados nos termos do art. 5º, §3º, da CF/88. Nesse caso, o tratado terá *status* de norma constitucional; b) os demais tratados têm *status* de norma infraconstitucional, “*são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistindo entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitando-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do*

toridade competente e num mesmo âmbito normativo, prescrevendo ordem ao mesmo indivíduo; d) que as normas devam ter vetores opostos, v.g, uma obrigando e a outra desobrigando; e) que o indivíduo a quem as normas obrigam deva ficar numa posição insustentável.

Considerando que o ordenamento jurídico concebido como *sistema*, como apontado, pressupõe coerência entre suas normas<sup>53</sup>, não podem coexistir em seu seio normas incompatíveis, sob pena de fragmentar-se. Logo, não é difícil concluir que *o direito não comporta antinomias*<sup>54</sup>.

## 2.4. CLASSIFICAÇÃO DAS ANTINOMIAS

As antinomias podem ser classificadas quanto ao critério de solução (aparente ou real), quanto ao conteúdo (própria e imprópria), quanto a âmbito (direito interno, direito interno-internacional) e quanto à extensão (total-total, parcial-parcial e total-parcial)<sup>55</sup>.

a) *Quanto ao critério de solução:*

a.1) *antinomia aparente:* quando existem os critérios para solucioná-la no ordenamento jurídico;

a.2) *antinomia real:* quando ausente, na ordem jurídica, qualquer critério normativo para a sua solução, sendo necessá-

---

*tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade internacional do Estado, se este não se valer do meio institucional próprio de extinção de um tratado, que é a denúncia.*" (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. Ob. Cit. p. 33). Ressalvadas as exceções em matéria tributária e de extradição, o conflito entre tratados e as normas constitucionais, será tratado mais a frente.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 71.

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 81. Nesse sentido, também, BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. Ob. Cit. p. 198.

<sup>55</sup> Quanto à nomenclatura dos critérios para classificação das antinomias, segue-se de perto aquele adotado em DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. Ob. Cit. p. 25-31.

ria a edição de uma nova norma para afastar a antinomia<sup>56</sup>.

*b) Quanto ao conteúdo:*

*b.1) antinomia própria:* dá-se por razões formais, independentemente do conteúdo das normas. Ou seja, ocorre quando uma conduta aparece ao mesmo tempo numa e noutra norma: prescrita e não prescrita, proibida e não proibida, prescrita e proibida. É própria, pois o indivíduo encontra-se num dilema por não poder atuar conforme uma norma, sem violar outra, devendo optar por uma delas<sup>57</sup>.

Ex. antinomia própria: A norma do Código Militar, por exemplo, prescreve a obediência às ordens de um superior. Já a norma do Código Penal proíbe a prática de privar alguém de liberdade. Assim, quando um capitão ordena o enclausuramento de um prisioneiro de guerra, o soldado vê-se às voltas com duas normas conflitantes. Somente uma delas pode ser tida como aplicável e essa aplicação será determinada por critérios normativos<sup>58</sup>.

*b.2) antinomia imprópria:* ocorre em virtude do conteúdo material das normas. É imprópria, pois não impede que o indivíduo atue conforme uma das normas, mesmo que discorde delas. O conflito surge entre o comando e a consciência do aplicador da norma<sup>59</sup>. É subdividida em<sup>60 61</sup>:

*b.2.1) antinomia de princípios:* quando as normas de um ordenamento protegem valores opostos, como li-

---

<sup>56</sup> DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. Ob. Cit. p. 25. Ross afirma que quando inexistente critério para solucionar a inconsistência [antinomia] faz-se necessária a busca de solução em dados alheios às normas conflitantes (ROSS, Alf. Direito e justiça. Ob. Cit. p. 159-160). Nesses casos de incompatibilidades insuperáveis, deve-se eliminar uma das normas, ou, se necessário, ambas (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 80).

<sup>57</sup> DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. Ob. Cit. p. 28.

<sup>58</sup> Exemplo tirado de DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. Ob. Cit. p. 26-27.

<sup>59</sup> DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. Ob. Cit. p. 28.

<sup>60</sup> ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1964. p. 258-263.

<sup>61</sup> Citado também por BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 90-91.

berdade e segurança;

b.2.2) *antinomia de valoração*: quando, v.g, atribui-se pena mais leve para um delito mais grave;

b.2.3) *antinomia teleológica*: quando há incompatibilidade entre os fins propostos por certas normas e os meios propostos por outras para a consecução daqueles fins.

c) *Quanto ao âmbito de vigência*:

c.1) *antinomia de direito interno*: dentro de um mesmo ordenamento jurídico;

c.2) *antinomia de direito internacional*: entre normas de direito internacional público;

c.3) *antinomia de direito interno-internacional*<sup>62</sup>: entre normas de direito interno e normas de direito internacional público.

d) *Quanto à extensão da contradição*<sup>63</sup>: essa classificação tem por base as considerações e terminologias de Alf Ross<sup>64</sup>. Divide-se em três espécies:

d.1) *antinomia*<sup>65</sup> *total-total*: nenhuma das normas pode ser aplicada sob circunstância alguma sem entrar em conflito com a outra. *Ambos os círculos de validade são coincidentes*. É rara essa antinomia no mesmo texto normativo, mas, se existente, não há regras para solucioná-la. Se for o caso, sê-lo-á mediante interpretação, tendo por base dados alheios ao tex-

---

<sup>62</sup> Sobre as antinomias existentes entre a ordem interna e internacional já se fez menção no item 2.3, supra.

<sup>63</sup> Bobbio coloca como necessária a esse tipo de antinomia que: duas normas tenham o mesmo âmbito de validade. Essa classificação é denominada por ele como de âmbito de validade (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 88). Mas, não há contradição quanto à denominação aqui adotada, conforme àquela assumida por Maria Helena Diniz in Conflito de normas. Ob. Cit. p. 29.

<sup>64</sup> ROSS, Alf. Direito e justiça. Ob. Cit. p. 158-160.

<sup>65</sup> Ross usa a expressão inconsistência ou incompatibilidade, ao invés de antinomia.

to<sup>66</sup>;

*d.2) antinomia total-parcial:* quando uma norma não pode ser aplicada, sob qualquer circunstância, sem entrar em conflito com outra, enquanto essa tem um âmbito de aplicação adicional que não entra em conflito em relação àquela. *Um círculo encontra-se dentro do outro.* Ou seja, duas normas incompatíveis, sendo que uma tem âmbito de validade igual ao da outra, porém, o seu objeto é mais restrito. Não há grandes problemas. É o caso de identificar a regra geral e a regra especial. A regra geral só deverá ser imposta com a limitação particular. Ou seja, a regra geral se mantém, mas é limitada pela regra particular. Não há inconsistência, “*mas forma de expressão linguística que pode ser parafraseada em uma regra*<sup>67</sup>”;

*d.3) antinomia parcial-parcial:* cada uma das normas possui um campo de aplicação no qual não ocorrem conflitos normativos. *Os círculos de validade das normas são secantes.* Ou seja, duas normas incompatíveis, cujos âmbitos de validade são em parte iguais e em parte diferentes; nesse caso, a antinomia somente subsiste para a parte comum. não há regras de como solucioná-la. Se for o caso, sê-lo-á mediante interpretação, tendo por base dados alheios ao texto<sup>68</sup>.

## 2.5. CRITÉRIOS PARA SOLUÇÃO DE ANTINOMIAS

Uma coisa é identificar uma antinomia, outra é resolvê-la<sup>69</sup>. Portanto, é preciso passar da identificação da antinomia para a solução dela.

São apontados três critérios para solução de antinomias:

*a) critério cronológico (lex posterior derogat priori):* trata-se de normas de um mesmo escalão, produzidas por um mesmo órgão, mas, em momentos distintos. Funda-se em que a

<sup>66</sup> ROSS, Alf. Direito e justiça. Ob. Cit. p. 159.

<sup>67</sup> ROSS, Alf. Direito e justiça. Ob. Cit. p. 159.

<sup>68</sup> ROSS, Alf. Direito e justiça. Ob. Cit. p. 159-160.

<sup>69</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 91.



vontade posterior do legislador revoga as normas precedentes<sup>70</sup>. Pensar o contrário é criar obstáculos ao progresso do direito em se adaptar às circunstâncias, ante as novas exigências sociais. Comumente, o legislador, ao editar nova lei, utiliza a expressão "*revogam-se as disposições em contrário*". Necessariamente quando se aplica esse critério têm-se geralmente a eliminação total de uma das normas<sup>71 72</sup>.

*b) critério hierárquico (lex superior derogat inferiori):* tem por base a superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra. Ou seja, as normas superiores podem revogar as inferiores, mas essas não revogam aquelas, pois seu poder normativo tem menor força. Isso consiste, necessariamente, em não poder a norma hierarquicamente inferior tratar, de forma diversa, de tema sobre o qual dispõe uma norma hierarquicamente superior<sup>73</sup>. Quando se aplica esse critério, a norma infe-

---

<sup>70</sup> Sendo o órgão competente, v.g, o poder legislativo, para a produção da norma, portanto, derogáveis as normas anteriores: "*o princípio lex posterior derogat priori pode ser considerado como incluído, co-envolvido, na atribuição da competência.*" (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Ob. Cit. p. 230).

<sup>71</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 97.

<sup>72</sup> Nesse sentido é o indicativo do §1º, do art. 2º, do Decreto-Lei 4.657/42 (outroza denominado Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, hoje denominado de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme redação dada pela Lei 12.376/10), *verbis*: "*§1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*"

<sup>73</sup> Remete à ideia de ordenamento dinâmico e escalonado de Kelsen: uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas, porque é criada por uma forma fundamentada, por uma norma que lhe dá fundamento de validade. Uma norma não é verdadeira ou falsa, mas válida ou não válida à medida que respeita a norma superior que lhe defere fundamento de validade. "*Como a estrutura da ordem jurídica é uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, em que uma norma de escalão superior determina a criação da norma de escalão inferior, o problema de conflito de normas dentro de uma ordem jurídica põe-se de forma diferente conforme se trata de um conflito entre normas do mesmo escalão e de um conflito entre normas de escalão superior e uma norma de escalão inferior.*" (Teoria pura do direito. Ob. Cit. p. 229-230). Não se pode conceber um direito antijurídico, sob pena de se por em risco a unidade do sistema. Ou seja, a harmonia entre norma superior e inferior, para além da coerência, segundo Kelsen, é importante para a unidade do ordenamento jurídico. E uma norma contrá-

rior é eliminada do ordenamento jurídico<sup>74</sup>.

*c) critério da especialidade (lex specialis derogat generali):* ocorre quando uma norma especial subtrai de uma norma geral uma parcela de sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferenciada (às vezes contrária e contraditória)<sup>75</sup>. A superioridade da norma especial sobre a geral constitui expressão da exigência de um caminho de justiça (da legalidade à igualdade<sup>76,77</sup>). Essa antinomia aparente corresponde àquela total-parcial apontada por Alf Ross<sup>78</sup>. Aplicar a *lex specialis* não significa que a norma geral será eliminada, mas a aplicação da norma geral será afastada naquilo que for incompatível com

---

ria à norma que preside a sua criação não tem validade e não pode ser considerada uma norma jurídica (Teoria pura do direito. Ob. Cit. p. 295-296).

<sup>74</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 97.

<sup>75</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 96.

<sup>76</sup> “*A passagem de uma norma de uma regra mais extensa (que abrange um certo genus) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma species do genus) corresponde a uma exigência de justiça [...] A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada e descoberta essa diferenciação, a persistência na regra geral importaria em tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, uma injustiça.*” (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 96).

<sup>77</sup> Aristóteles afirmava que igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais [“*Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas de queixas (como quando iguais recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais)*” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret. 2001. p. 139)]. Objetados, inversamente, tratamento desigual às situações iguais e tratamento igual às situações desiguais. Assim, a técnica legislativa de se editarem normas especiais se coaduna, de certa forma, com conduta do legislador para atender a concepção contemporânea de um estado [democrático] de direito e também um estado de justiça. Pois a igualdade é um princípio fundador da democracia (La construction du principe d'égalité. Relatório publico 1996 do Conselho de Estado, EDCE nº 48, p.21, *apud* ISRAEL, Jean-Jacques. Direito das liberdades fundamentais. Trad. Carlos Souza. Barueri: Manole. 2005. 453). E, por sua vez, a ideia de justiça está associada à ideia de igualdade, ou tratamento igual das pessoas. Aristóteles entendia que “*todo justo é um algo igual*” (AMARAL, Maria Lúcia. A forma da república. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 171).

<sup>78</sup> ROSS, Alf. Direito e justiça. Ob. Cit. p. 159.

a norma especial<sup>79</sup> <sup>80</sup>. Ou seja, na aplicação desse critério, não é eliminada nenhuma das normas em conflito. “*Diferentemente dos relacionamentos cronológico e hierárquico, que suscitam situações antinômicas, o relacionamento de especialidade é necessariamente antinômico. O que significa que os dois primeiros critérios aplicam-se quando surge uma antinomia; o terceiro se aplica porque vem a existir uma antinomia.*”<sup>81</sup>”

## 2.6. ANTINOMIAS DE SEGUNDO GRAU (OU CONFLITO DE CRITÉRIOS<sup>82</sup> PARA SOLUÇÃO DAS ANTINOMIAS):

Para além das antinomias das normas, existem, também, antinomias dos critérios de solução, por alguns denominadas *antinomias das antinomias*<sup>83</sup>. Considerando que o *critério cronológico* é utilizado quando duas normas são sucessivas, que o *critério hierárquico* pressupõe que as normas incompatíveis se encontram em escalões diversos e que o *critério de especialidade* é utilizado quando se tem um choque entre uma norma geral e uma especial, pode ocorrer que duas normas se encontrem numa dada situação que seja possível aplicar dois critérios, v.g, *norma x* que, editada anteriormente, o seja hierarquicamente superior à *norma y*. Pode-se aplicar, a princípio, tanto o critério cronológico (*y* é posterior a *x*) quanto o critério hierárquico (*x* é superior a *y*). Nesse caso, estar-se-á diante de uma antinomia de segundo grau, ou seja, tem-se um choque entre os critérios de solução. Isso pode ocorrer entre:

a) *critério cronológico x critério hierárquico;*

---

<sup>79</sup> “*Por efeito da lei especial, a lei geral cai parcialmente.*” BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 96-97.

<sup>80</sup> É o que dispõe o §2º, do art. 2º, do Decreto-Lei 4.657/42, *verbis*: “§2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

<sup>81</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 97.

<sup>82</sup> Denominação utilizada por Bobbio *in* Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 105.

<sup>83</sup> DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. Ob. Cit. p. 49.

- b) *critério de especialidade x critério cronológico;*
- c) *critério hierárquico x critério de especialidade.*

Quando houver conflito entre o *critério cronológico* e o *critério hierárquico*, esse prevalece em relação àquele, pois o critério cronológico é fraco e não afasta a aplicação da norma hierarquicamente superior. A competência apresenta-se mais forte e sólida que a sucessão de normas no tempo<sup>84</sup>. Ou seja, o *critério cronológico* é afastado, quando se se depara com duas normas sucessivas de planos diferentes, dando lugar ao *critério hierárquico*.

Se ocorrer conflito entre o *critério cronológico* e o *critério de especialidade*, dá-se preponderância, a princípio, à norma especial. Mas o critério cronológico não é tão fraco, em face do critério de especialidade, sendo necessário analisar o caso concreto<sup>85</sup>.

No confronto entre o *critério hierárquico* e o *critério de especialidade*, embora, *teoricamente, deva-se optar pelo critério hierárquico*<sup>86</sup>, não apresenta uma regra de prevalência de um ou de outro, pois ambos os critérios são fortes, mas em oposição ao critério cronológico. Esse conflito de critérios é mais grave, pois decorre de dois valores fundamentais para o ordenamento jurídico: a hierarquia entre as normas e a justiça. Estar-se-á ante os limites da discricionariedade conformadora do legislador hierarquicamente inferior, mas essa discricionariedade deve ser regrada, voltando seu olhar para sua conformação adequada à norma hierarquicamente superior e, também, para o critério de justiça, em decorrência das situações singulares que merecem especial atenção. Assim, a solução mais ade-

---

<sup>84</sup> DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. Ob. Cit. p. 50.

<sup>85</sup> “Essa regra [...] deve ser tomada com cautela [...] Para fazer afirmações mais precisas nesse campo, seria necessário dispor de uma ampla casuística.” (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. 108). No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. Ob. Cit. p. 50.

<sup>86</sup> Essa é a posição primeira de Bobbio (Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 109).

quadra, como se observa, dependerá da análise do caso concreto<sup>87</sup>.

### 3. CONFLITO ENTRE REGRAS CONSTITUCIONAIS

Embora haja quem defenda a impossibilidade de conflitos entre normas constitucionais<sup>88</sup>, sendo a Constituição é um sistema normativo, por óbvio, é possível haver conflito normativo entre normas constitucionais. Afinal, as normas constitucionais são normas jurídicas como quaisquer outras, podendo sim entrar em conflito<sup>89</sup>. A possibilidade de conflitos é aumentada em constituições como a CF/88: *a) extensa*: que se perde no “*varejo das miudezas*”<sup>90</sup>. O detalhismo da CF/88 a transforma, para além de norma fundamental, em uma “*Constituição-Código*”, ou um “*Código-Constitucional*”<sup>91</sup>; *b) compromissária*: que tenta amalgamar normas inspiradas em diversas

---

<sup>87</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 109.

<sup>88</sup> Entre outros: CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Ob. Cit. p. 1.183. Mas tudo leva a crer que Canotilho nega a possibilidade de existência da antinomia (ou conflito) real e não a antinomia aparente: “*Como “ponto de orientação”, “guia de discussão” e “factor hermenêutico de decisão”, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão entre as normas constitucionais a concretizar.*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 232).

<sup>89</sup> “*Um lance de olhos sobre a Constituição brasileira de 1988 revela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de proposições que consagram valores e bens jurídicos que se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete.*” (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. Ob. Cit. p. 198).

<sup>90</sup> BARROSO, Luis Roberto. Doze anos da constituição de 1988, in *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 13.

<sup>91</sup> A CF/88 foi fruto de uma ampla participação inédita de forças políticas, que, desconfiando do legislador futuro, optaram por garantir, desde logo, os seus interesses inserindo-os no texto da Constituição, o que resultou num texto prolixo e inflacionado, elevando, ao *status* de norma constitucional, temas que não tinham fôlego para perdurar no tempo. Nesse sentido (SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência, in *A reforma da previdência social. Temas polêmicos e aspectos controvertidos*. TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 14-15).

ideologias e visões divergentes de mundo<sup>92</sup>; c) *de linguagem aberta*: onde uma dada situação fática pode ser enquadrada em diferentes disposições normativas que apontam para vetores diversos e conflitantes<sup>93 94</sup>.

Embora a solução desses conflitos normativos não seja atribuição *somente* do Judiciário, mas, do Executivo e do Legislativo<sup>95</sup>, ao Judiciário, no entanto, compete dar a última palavra, mesmo que não seja a melhor, mas a ele se reconhece a prerrogativa de errar por último<sup>96</sup>. Padecendo esse órgão da representatividade democrática e atento ao art. 93, X, da CF/88 quanto à necessidade de fundamentação de suas decisões, faz-

---

<sup>92</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 493. A Constituição é um documento dialético, fruto de debate e composição política. “*Como consequência, abriga no seu corpo valores e interesses contrapostos.*” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 3ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 326).

<sup>93</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 493.

<sup>94</sup> Isso é verificado, especialmente, em relação aos princípios, os quais por não possuírem a *pretensão de exclusividade* (CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceitos de sistemas na ciência do direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002. p. 90), permitem que, sobre uma dada situação fático-jurídica possa ser projetado mais de um princípio, numa demonstração de que a relação entre princípios é *essencialmente conflitual* (GARCIA, Emerson. Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 188). Uma coisa é reconhecer a possibilidade do conflito normativo (poder-se-ia se aproximar do que se chama de *antinomia aparente*), outra coisa é, após os meios de resolução, deparar-se com um conflito sem solução (o que se denomina *antinomia real*, como definido por Tércio Sampaio Ferraz Júnior *in* Enciclopédia saraiva de direito. Vol. 7. Ob. Cit. p. 14).

<sup>95</sup> Exemplos de conflitos normativos afastados pelo Judiciário e pelo Executivo são citados em: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 494-495.

<sup>96</sup> Histórico o discurso proferido por Rui Barbosa na Tribuna do Senado Federal, em 29/12/1914: “*Em todas as organizações políticas ou judiciais sempre há uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal [o judiciário], não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. Isto é humano.*” (BARBOSA, Rui. Discursos Parlamentares. Obras Completas. Vol. XLI – 1914. Tomo III. Brasília: Ministério da Educação. 1974. p. 259).

se necessário um método racional e coerente para identificar e solucionar esses conflitos normativos.

### 3.1. NORMAS CONSTITUCIONAIS: CARACTERÍSTICAS

As normas constitucionais possuem particulares características em face das demais normas do sistema normativo<sup>97</sup>: a) desfrutam de supremacia em relação às normas infraconstitucionais; b) possuem alto grau de abstração (embora não seja exclusividade das normas constitucionais essa característica é mais frequente e intensa); c) detêm forte dimensão política, ou seja, têm por escopo disciplinar juridicamente o fenômeno político, encontrando-se na fronteira entre a política e o direito; d) possuem, a princípio, objeto próprio (organização do Estado e a garantia de direitos fundamentais). Nesse sentido é que se elaborou a tradicional distinção entre norma materialmente constitucional e formalmente constitucional.

### 3.2. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS: REGRAS E PRINCÍPIOS

A força normativa da Constituição é corrente, não configurando apenas a expressão de um *ser*, mas, também, de um *dever ser*<sup>98</sup>. Donde se verifica o conceito jurídico de Constituição como *lei* ou *conjunto de leis*, de modo que tudo que se encontra no texto constitucional *tem valor normativo*<sup>99</sup>, não havendo nela proposições ociosas, sem força cogente<sup>100</sup>. Aos

---

<sup>97</sup> Seguem-se, de perto, as observações levantadas em SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 359-361.

<sup>98</sup> HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la constitucion in Escritos de derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. p. 61-84. 1983. p. 66.

<sup>99</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11ª edição. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 210.

<sup>100</sup> BARBOSA, Rui. Comentários à constituição federal brasileira. Vol. II. São Paulo: Saraiva. 1933. p. 489.

princípios, hoje, não lhes é negada a força normativa<sup>101</sup>. Mas, outrora, não era assim. Passaram os princípios por três fases de normatividade<sup>102</sup>: a) jusnaturalista: os princípios eram vistos sob a perspectiva de postulados ético-valorativos, carecedores de conteúdo normativo; b) positivista: os princípios eram meios de integração do direito<sup>103</sup>, como fonte normativa subsidiária, integrativa do ordenamento jurídico, desprovidos, *a priori*, de caráter normativo<sup>104</sup>; c) pós-positivista: é hodierno o reconhecimento da força normativa dos princípios, a partir das concep-

---

<sup>101</sup> “Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas [...] devemos dizer que o direito [...] inclui, pelo menos, tanto princípios como regras. [...] tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 45-46 e 71); “Tanto as regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser ...” e, também, “Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 87 e 91); “as regras e princípios são duas espécies de normas.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Ob. Cit. 1992. p. 172); “Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também ele – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e em normas-regras.” (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo II. Ob. Cit. p. 226-227); “... norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios jurídicos” (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 7ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 120); “[princípios] ... aos quais hoje se reconhece, de forma praticamente incontroversa, o caráter normativo” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 375).

<sup>102</sup> Seguem-se, de perto, as observações de BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. Ob. Cit. p. 232-238.

<sup>103</sup> É o que se observa no Decreto-Lei 4.657/42, editado na década de 40 do século passado, que em seu art. 4º, dispõe sobre a integração do ordenamento jurídico, verbis: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (negrito).

<sup>104</sup> FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arces y. Los principios generales del derecho y su formulación constitucional. Madrid: Civitas. 1990. p. 39.



ções de Dworkin<sup>105</sup> e Alexy<sup>106</sup>. A partir de então, se reconhece que os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios<sup>107</sup>, sendo que essas realidades jurídicas estão presentes em qualquer veículo normativo, v.g, seja a Constituição ou a lei<sup>108</sup>.

### 3.3. REGRAS E PRINCÍPIOS: DISTINÇÕES

Existem diversas classificações das normas constitucionais<sup>109</sup>, mas, para o desenvolvimento deste trabalho, merece atenção a moderna classificação das normas constitucionais em regras e princípios<sup>110</sup>.

A distinção entre regras e princípios é feita por diversas teorias, as quais podem ser classificadas em 3 (três) categorias<sup>111</sup>: *a) teorias que propõem uma distinção forte*: princípios e regras são normas que possuem estruturas lógicas diversas, não de grau (generalidade ou abstração)<sup>112</sup>; *b) teorias que propõem*

---

<sup>105</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. Ob. Cit. A primeira publicação dessa obra foi em inglês, no ano de 1977.

<sup>106</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. A primeira publicação dessa obra foi em alemão, no ano de 1986.

<sup>107</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. Ob. Cit. p. 243-244.

<sup>108</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II. Ob. Cit. p. 227.*

<sup>109</sup> V.g, BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. Ob. Cit. p. 212-227; SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 63-86; BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 7ª edição Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 91-122; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 6ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 87; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social. Revista de Direito Público (RDP). Nº 57/58. p. 233-256. 1981; CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Ob. Cit. p. 1.160-1.161.

<sup>110</sup> Embora esse trabalho não tenha por escopo a distinção entre regra e princípio, esse percurso é necessário ao seu desenvolvimento e compreensão.

<sup>111</sup> Segue-se de perto: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 87-90 ; SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. 1ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 30-31.

<sup>112</sup> Destacam-se Dworkin e Alexy. Josef Esser também defende “... *uma distinção forte entre princípios e regras [...] o faz, contudo, com base em outra linha argu-*

*uma distinção fraca*: a diferença entre regras e princípios é de grau. Os princípios são considerados como as normas mais importantes do ordenamento jurídico, e as regras como normas conformadoras dos princípios, dotadas de *certo grau* de “inferioridade” em relação aos princípios<sup>113 114 115</sup>; *c) teorias que rejeitam qualquer distinção*: todas as qualidades lógicas-deônticas presentes nos princípios estão presentes, também, nas regras. Por isso, não há diferenças entre regras e princípios ou “o grau de semelhança é tão grande que uma diferenciação definitiva se torna impossível”<sup>116,117</sup>.

---

*mentativa*” (SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Ob. Cit. p. 31. Nota 7).

<sup>113</sup> Nesse sentido é o posicionamento de Joseph Raz, para quem “o termo “princípio” denota uma maior generalidade e uma maior importância do que o termo “regra” (SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Ob. Cit. p. 31. Nota 8).

<sup>114</sup> Nesse sentido: “Os princípios, que começam a ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Ob. Cit. p. 49); “Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 29ª edição. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 974-975); “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [...] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”. (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35ª edição. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 92);

<sup>115</sup> Há quem distinga princípios e regras a partir do grau de abstração e generalidade, os princípios seriam mais abstratos e gerais que as regras, v.g, “... as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.” (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. Ob. Cit. p. 151); “os princípios são normas de grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção reduzida.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 172).

<sup>116</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Ob. Cit. p. 31.

<sup>117</sup> Têm-se por representante Aulis Aarnio e Klaus Günther (SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Ob. Cit. p. 31. Nota 9).

A diferença entre *regras* e *princípios* aqui adotada será aquela defendida por Alexy, que os difere a partir de um *critério estrutural*<sup>118</sup>, que não tem por relevantes “*nem fundamentabilidade, nem generalidade, nem abstração, nem outros critérios materiais*”<sup>119</sup>, adotados comumente. Não por ser a melhor teoria<sup>120 121</sup>, mas por amor à coerência e à ordenação das ideias<sup>122</sup>, sob pena de se misturar o entendimento da teoria *x* com o das teorias *y, z, t, w, etc.*, e ao final, chegar ao “*samba do crioulo doído*”<sup>123</sup>. Acrescem-se a isso as conclusões apontadas por Virgílio Afonso da Silva acerca dos direitos definitivos garantidos pelas regras e os direitos de *prima facie* garantidos pelos princípios<sup>124</sup>, tendo por referência Alexy<sup>125</sup>. É o que se passa a discorrer, a seguir.

### 3.4. REGRAS E PRINCÍPIOS: À LUZ DE ALEXY

Dworkin e Alexy entendem que a diferença marcante en-

---

<sup>118</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 85

<sup>119</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Ob. Cit. p. 30.

<sup>120</sup> As classificações têm, geralmente, diferentes objetivos e direções. Não podem ser avaliadas do ponto de vista de boa ou ruim, mas devem ser sólidas e coerentes para se chegar a um destino com segurança (aqui entendida como objetividade e clareza). Alerta semelhante fez Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 44-45).

<sup>121</sup> Vale a lição: “*Não existe, a rigor, um único critério “certo” para distinguir os princípios das regras, sendo a questão de natureza eminentemente convencional [...] O que afigura incorreto é definir uma norma como princípio ou como regra, de acordo com um determinado critério, e daí extrair, automaticamente, os efeitos decorrentes do seu pertencimento àquela espécie normativa, tal como ela é concebida sob a ótica de critério diferente.*” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 384).

<sup>122</sup> Evitando, assim, a contradição formal do raciocínio lógico (STRENGER, Irineu. Lógica jurídica. São Paulo: Ltr. 1999. p. 89).

<sup>123</sup> Expressão usada no Brasil para se referir a coisas sem sentido, textos mirabolantes e sem nexos.

<sup>124</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Ob. Cit. p. 45-46.

<sup>125</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 106-108.

tre regra e princípio não é de *grau*, mas (a diferenças entre essas categorias) é qualitativa<sup>126 127</sup>. Porém, a distinção estrutural<sup>128</sup> apresentada por Alexy, como ele próprio afirma<sup>129</sup>, assemelha-se àquela apresentada por Dworkin. Assim, sem a pretensão de aprofundamento, faz-se necessária uma breve colocação a respeito da teoria de Dworkin.

### 3.4.1. O COMEÇO DA HISTÓRIA: PRINCÍPIOS E REGRAS, SEGUNDO DWORKIN

Dworkin distingue regras de princípios ao contrapor-se ao positivismo jurídico<sup>130</sup>, tendo por referência, principalmente, a obra de Hart, o qual defendia que o ordenamento jurídico era composto exclusivamente por regras, sejam elas “*regras secundárias de reconhecimento ou primárias de obrigação*”<sup>131</sup>. O positivismo, ao conceber o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, não consegue fundamentar as decisões de casos complexos, para as quais o juiz não identifica nenhuma regra jurídica aplicável, a não ser por intermédio da discricionariedade judicial. Nesses casos, o juiz “cria direito

---

<sup>126</sup> “*A diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica.*” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 39); “*A distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.*” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 91).

<sup>127</sup> “*Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios*” (SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. p. 607-630. 2003. p. 609).

<sup>128</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 85.

<sup>129</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 91. Nota 27.

<sup>130</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. Ob. Cit. p. 27 e ss.

<sup>131</sup> HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2007. p. 11 e ss. Num pós-escrito, nessa mesma obra, Hart faz *mea culpa* e reconhece que ignorou os princípios (p. 322), mas, na sua concepção, a distinção entre regra e princípio é uma questão de grau (p. 325).

novo”<sup>132</sup>. Entende *Dworkin* que o direito compõe-se não só de regras, mas, também, de princípios. Entende ainda que a diferença entre essas categorias [normas] jurídicas é de natureza lógica, pois, embora semelhantes, quando apontam para decisões particulares em casos específicos, distinguem-se quanto à orientação que oferecem: *as regras* são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada*<sup>133</sup>; os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – *a dimensão de peso ou importância*. Em caso de *intercruzamento* de princípios (colisão), não se aplica a forma do *tudo-ou-nada*, mas, deve-se levar em conta a dimensão de peso de cada princípio ante o caso concreto, ou seja, é necessário verificar qual dos princípios tem maior peso<sup>134</sup>. Já em relação às regras, na existência de conflito, uma, necessariamente, irá suplantar a outra. A escolha de qual será válida, em detrimento de outra, poderá ser determinada pelo ordenamento jurídico, mediante outras regras, “*que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero.*”<sup>135</sup> Noutras palavras, em síntese, as regras pressupõem a aplicação do “tudo ou nada”, enquanto os princípios são definidos pelos respectivos pesos que apresentam em face do caso concreto. Um princípio não utilizado em determinada situação, pode ser perfeitamente utilizado em outro, em que seu peso seja mais determinante em contraposição a outro.

#### 3.4.2. PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO

Embora semelhante à apresentada por *Dworkin*, a distinção proposta por *Alexy* difere daquele por caracterizar os prin-

---

<sup>132</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 35-38 e 49-50.

<sup>133</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 39.

<sup>134</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 42-43.

<sup>135</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 43.

cípios como mandamentos de otimização<sup>136</sup>. Princípios são normas que ordenam algo a ser realizado, na maior medida possível, ante as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Ou seja, os princípios se caracterizam “*por serem satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes*”<sup>137</sup>. Um princípio pode ser realizado na medida máxima, isso é, em sua inteireza. Para tanto, basta que as condições fáticas e jurídicas, *no caso concreto*, sejam-lhe favoráveis. Assim, a ideia de mandamento de otimização refere-se à efetivação do princípio em *cada caso concreto*. Uma norma, portanto, é um princípio, não por ser um “*mandamento nuclear*”<sup>138</sup>, mas por ter uma estrutura de um mandamento de otimização. Daí a conclusão de que: “*um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, mas pode também não ser, já que a norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. O mesmo vale para as regras. Pode haver regras que sejam disposições fundamentais do sistema, mas isso é irrelevante para a sua classificação.*”<sup>139</sup>

### 3.4.3. REGRAS E PRINCÍPIOS: DIREITOS DEFINITIVOS E DIREITOS PRIMA FACIE

As regras garantem direitos (ou impõem deveres) de forma definitiva<sup>140</sup>, e devem ser realizados totalmente com a subsunção da norma ao caso concreto, salvo se existir uma

---

<sup>136</sup> Essa afirmação é do próprio Alexy, conforme: Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 91. Nota 27, *in fine*.

<sup>137</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 90.

<sup>138</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. Ob. Cit. p. 974.

<sup>139</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Ob. Cit. p. 36.

<sup>140</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Ob. Cit. p. 45.

exceção<sup>141</sup>. São, portanto, *mandamentos definitivos*. Já os princípios garantem direitos (ou impõem deveres) *prima facie*<sup>142</sup>.

As regras constituem-se em dever-ser real e os princípios num dever-ser ideal<sup>143</sup>. Ou seja, não há uma realização total daquilo que é colocado pela norma. Essa realização é parcial, pois “há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente<sup>144</sup>”. Existe, portanto, um ínterim entre o “*prima facie*” e o “*definitivo*” que, necessariamente, “*passa pela definição de uma preferência*<sup>145</sup>”.

### 3.4.4. CONFLITOS NORMATIVOS

As distinções estruturais (de conteúdo) entre normas e princípios refletem-se, também, na importante diferença na forma de se aplicarem essas realidades normativas, o que é aclarado por Alexy, nos casos, a partir dos conflitos normativos. Existem diversas teses e polêmicas, quando se depara com esses conflitos normativos. Alexy deixa claro que também as terminologias são oscilantes, ora se usa *conflito de normas*, ora se usa *colisão de normas*. Mas, segundo o autor, o choque de *princípios versus princípios* e o choque de *regras versus regras* representam *situações distintas*, e, por tal, deve-se usar a terminologia “*conflito entre regras*” e “*colisão entre princípios*”<sup>146 147</sup>, espécies do gênero conflito normativo, quando

---

<sup>141</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 106.

<sup>142</sup> *Prima facie* tem por referência a distinção de obrigações que podem ser afastadas por considerações [situações fáticas relevantes] conduzindo à prática de ato alternativo de conteúdo de incompatível e obrigações outras que não podem ser afastadas. Nesse sentido: BRITO, Miguel Nogueira de. A constituição constituinte: Ensaio sobre o poder de revisão da constituição. Coimbra: Editora Coimbra. 2000. p. 317. Nota 839.

<sup>143</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 331.

<sup>144</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Ob. Cit. p. 45.

<sup>145</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 108.

<sup>146</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 91-92. Nota 28.

<sup>147</sup> Por coerência e maior compreensão, essa, também, é e será a terminologia adota-

existem duas *normas* aplicáveis ao caso concreto, mas que se mostram total ou parcialmente incompatíveis<sup>148</sup>.

#### 3.4.4.1. CONFLITO DE REGRAS

As regras são comandos definitivos (garantem direitos ou impõem obrigações, de *modo definitivo*). Nos casos de conflitos de regras, usa-se o raciocínio de *tudo ou nada*<sup>149</sup>, pois, na solução do conflito, não se pode por em causa essa natureza definitiva das regras, sob pena de por em risco: a *coerência do ordenamento jurídico*<sup>150</sup> ou eliminar o *elemento nuclear de distinção entre regras e princípios*<sup>151</sup>.

Se, para um determinado caso, existem duas regras dispendo de forma incompatível (conflitantes) e se essa incompatibilidade não puder ser afastada por uma regra de exceção, uma das regras deve ser eliminada, pois inválida<sup>152</sup>. Isso porque as regras exigem que seja realizado exatamente aquilo que ordenam, pois têm uma determinação da extensão de seu conteúdo dentro das possibilidades jurídicas e fáticas<sup>153</sup>.

A cláusula de exceção retira da regra, de certa forma, o seu caráter definitivo<sup>154</sup>, de incidência imediata no caso concreto, como comando pronto e acabado, dando lugar à exceção<sup>155</sup>, que pode decorrer de um princípio<sup>156</sup>. Ou seja, tem-se uma

---

da por esse trabalho.

<sup>148</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Ob. Cit. p. 47.

<sup>149</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 39.

<sup>150</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. 71-114.

<sup>151</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Ob. Cit. p. 48.

<sup>152</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 92.

<sup>153</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 104.

<sup>154</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 104.

<sup>155</sup> Tanto Dworkin quanto Alexy dão a entender que essa cláusula de exceção compõe necessariamente a regra (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 39-40; ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 92).

<sup>156</sup> As regras, assim, passariam a ter um caráter *prima facie*, ou não conclusivo. “Isto acontece quando com base num princípio se introduza uma cláusula de excep-



cláusula de exceção, constituída em regra excepcional, mas que decorre de um princípio, que, segundo Alexy, não pode ser teoricamente enumerado<sup>157</sup>.

A decisão sobre qual delas deve ser aplicada (qual é válida) e qual deve ser abandonada (inválida) deve ser tomada recorrendo-se às considerações que vão além dessas regras conflitantes. Usam-se, nesses casos, os critérios: regra especial derroga regra geral (*critério da especialidade*), regra posterior derroga a regra anterior (*critério cronológico*) e regra superior se sobrepõe à regra inferior (*critério hierárquico*)<sup>158 159</sup>. A escolha da regra a ser utilizada será uma decisão de validade<sup>160</sup>. Validade não é graduável<sup>161</sup>: ou se tem uma regra válida ou não se tem uma regra válida. A questão do conflito entre regras é resolvida, portanto, com a declaração de invalidade de uma delas e a *subsunção* do caso concreto à regra reconhecida como válida.

### 3.4.4.2. COLISÃO DE PRINCÍPIOS

---

*ção na regra aplicável ao caso.*” (BRITO, Miguel Nogueira de. A constituição constituinte: Ensaio sobre o poder de revisão da constituição. Ob. Cit. p. 317).

<sup>157</sup> Aqui divergem Dworkin e Alexy. Aquele entende que “*em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.*” (Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 40), enquanto Alexy entende que “*as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis.*” (Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 104).

<sup>158</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 93.

<sup>159</sup> Nesse sentido: “*Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero.*” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 43).

<sup>160</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 92-93.

<sup>161</sup> “... o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma [regra] jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida é aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos.” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 92).

Na colisão entre princípios, não há declaração de invalidade de um deles ou sequer a presença de regra de exceção. O que ocorre é que um dos princípios cederá em decorrência da “*precedência em face do outro sob determinadas condições*”<sup>162</sup>. Isso porque, sendo os princípios *mandamentos de otimização*, eles exigem que algo seja realizado o máximo possível, mas, condicionados às possibilidades *fáticas e jurídicas*. As condições fáticas são aquelas do caso concreto que condicionarão a aplicação do princípio precedente em face do outro. Já as condições jurídicas referem-se às colisões entre princípios, pois, com essa colisão, um dos princípios restringirá as possibilidades jurídicas do outro<sup>163</sup>, e, como visto, dependendo do caso concreto, a realização de um ou outro poderá ser limitada parcial ou totalmente.

Enquanto a solução do conflito entre regras ocorre na *dimensão da validade*, com a declaração de invalidade de uma delas (com sua eliminação do ordenamento jurídico) e a correspondente *subsunção* do caso à regra válida, na colisão entre princípios, a solução se dá na *dimensão do peso*, com o *sopesamento* dos princípios colidentes, em que um deles irá ter *precedência, sob determinadas condições*, para ser aplicado ao caso concreto. Ou seja, na colisão de princípios, será necessário *sopesamento*, ou melhor, *ponderação*, para se verificar qual deles deve prevalecer, ante uma dada situação<sup>164</sup>. O estado de colisão não é resolvido com declaração de invalidade de um dos princípios e com sua eliminação do ordenamento jurídico.

---

<sup>162</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 93.

<sup>163</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 96.

<sup>164</sup> Assim, o caminho necessário para a solução dos conflitos entre princípios é a ponderação. “*Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.*” (ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Org./Trad. Luís Afonso Heck. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 64).

Ele permanece tão válido quanto antes e, em situações outras, poderá ser aplicado, desde que as condições *fáticas e jurídicas* lhe sejam favoráveis<sup>165</sup>. Também não quer dizer que houve a instituição de uma cláusula de exceção, pois isso não significa que essa “*exceção*” (a um determinado princípio) deverá ser considerada para todos os casos futuros, tal como uma regra<sup>166</sup>. Assim, no caso de colisão entre princípios, não há falar que um princípio sempre tem precedência em relação a outro<sup>167</sup>. A precedência se dá sob determinadas condições jurídicas e fáticas<sup>168</sup>, tendo em vista, sempre, o caso concreto. Donde se conclui ser impossível formular, *em abstrato*, uma relação de precedência entre os princípios colidentes.

#### 3.4.4.3. COLISÃO ENTRE PRINCÍPIO E REGRA<sup>169</sup>

Se o ordenamento é constituído de normas, se essas compreendem os princípios e regras, e se possíveis a “*colisão entre princípios*” e o “*conflito entre regras*”, é óbvio ser indutivo admitir a possibilidade de existência de “*colisão entre princípio e regra*”. O princípio, como apontado, é *norma prima fa-*

---

<sup>165</sup> “*Somente as regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem.*” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 57). Seria um embrião da tese de Alexy que concebe o princípio como *mandamento de otimização*? Se admitida, não há a diferença tão marcante entre a tese de Alexy e a tese Dworkin, como apontada pelo próprio Alexy (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 91. Nota 27, *in fine*).

<sup>166</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 96; SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Ob. Cit. p. 34-35.

<sup>167</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Ob. Cit. p. 35.

<sup>168</sup> Alexy resume, assim, essa relação de precedência condicionada: “*Se um princípio  $P_1$  tem precedência em face do princípio  $P_2$  sob as condições  $C$ : ( $P_1 P_2$ )  $C$ , e se do princípio  $P_1$  sob as condições  $C$  decorre a consequência jurídica  $R$ , então, vale uma regra que tem  $C$  como suporte fático e  $R$  como consequência jurídica  $C \rightarrow R$* ” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 99).

<sup>169</sup> Segue-se de perto: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Ob. Cit. p. 51-56.

cie, não possui comando definitivo, mas é mandamento de otimização realizável sob determinadas condições. Regra, ao seu turno, é mandamento (ou direito) definitivo.

Ante essas situações, para solucionar a “*colisão entre princípio e regra*”, são possíveis dois caminhos:

a) o sopesamento entre a regra e o princípio colidentes, verificando-se, no caso concreto, qual dos dois deve ser aplicado<sup>170</sup>. Isso implica retirar da regra a sua natureza de mandamento definitivo. E mais, sopesamento implica normas que envolvem a dimensão de peso, da qual não dispõem as regras<sup>171 172</sup>;

b) a invalidade de uma das normas (regra ou princípio). Mas, nesse caso, com a invalidação, faz-se necessária a exclusão definitiva da norma do ordenamento jurídico, o que é impossível, pois esse ainda continua válido mesmo que tenha a sua aplicação reduzida em favor da aplicação de outra “*nor-*

---

<sup>170</sup> Parece caminhar nesse sentido Reis Novais: “*Enquanto que o nível dos princípios, quando transposto para o mundo conflitual do dever-ser real, dá lugar a tensões e antinomias e colisões, o nível das regras apresenta um menor grau de indeterminação, o que, não lhes conferindo, à partida, uma preferência absoluta e definitiva, garante às regras, todavia, uma precedência de aplicação relativamente aos princípios, correspondentes, de resto ao sentido literal e à força vinculativa da Constituição formal. Uma regra fixa conteúdo da decisão de um caso concreto que apenas pode ser ultrapassada se se demonstrar que nesse caso sobrevém um princípio de sentido contrário cuja relevância o deva fazer prevalecer. Nessa avaliação, o princípio oposto à regra não tem apenas que, diferentemente do que aconteceria numa colisão de princípios, apresentar um maior peso que as razões materiais que sustentam a aplicabilidade regra. [...] o princípio oposto terá, ainda, que se sobrepor às razões e princípios formais que resultam na mais-valia que advém para a regra do facto de ela conter a determinação da decisão do caso concreto elaborada pela autoridade para o efeito legitimada, ter sido emitida com esse fim e ter ao seu favor a anterior práxis de aplicação ao mesmo ou aos casos semelhantes. Assim, o ônus de argumentação recaí sobre quem defenda a aplicação, no caso concreto, de um princípio oposto à regra que contém a prescrição dirigida a resolver esse caso.*” (NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 331).

<sup>171</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 39.

<sup>172</sup> Há aqueles que defendem a ponderação das regras: ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª edição. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 52.

ma”.

Alexy tratou dessa questão em nota de rodapé<sup>173</sup>, reconhece que, em caso de colisão entre princípio e regra haverá sopesamento, não entre o princípio e a regra, mas, entre o princípio colidente e aquele princípio no qual se baseia a regra<sup>174</sup>.

Essa alternativa é rechaçada por Virgílio Afonso da Silva, pois, segundo seu entendimento, põe em causa a segurança na aplicação do direito, considerando que a regra é mandamento definitivo, é, portanto, a linha definitiva determinada pela instância constitucionalmente competente: o legislador. No seu entender, não se trata de uma colisão propriamente dita, “*o que há é simplesmente o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário*”<sup>175</sup>. A situação, portanto, não é de uma colisão entre princípio e regra, mas de restrição decorrente da atividade conformadora do legislador, devendo a regra ser aplicada por subsunção. Mas existem casos em que há dúvida quanto à constitucionalidade da regra, não se tratando de colisão entre princípio e regra, mas de controle de constitucionalidade da regra em face da norma (princípio) constitucionalmente tutelada.

A hipótese apontada por Virgílio leva em consideração a atividade conformadora do legislador, em face dos princípios garantidores de direitos fundamentais. Mas, se o princípio e a regra encontram-se no mesmo diploma normativo, v.g, regra e

---

<sup>173</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 90-91. Nota 24.

<sup>174</sup> Esse, inclusive, é o posicionamento de Hart que reconhece que não se trata de “*conflitos entre regras e princípios, mas como um conflito entre o princípio que explica e justifica a regra em análise e um qualquer outro princípio, o contraste pronunciado entre regra de tudo ou nada e princípios não conclusivos desaparece, porque, deste ponto de vista, a regra não conseguirá determinar o resultado, num caso em que seja aplicável de harmonia com os seus termos, se o seu princípio justificador for superado por outro.*” (HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Ob. Cit. p. 324).

<sup>175</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Ob. Cit. p. 52.

princípio colidentes inseridos na Constituição, como se resolve?

Quando se reconhece a inconstitucionalidade de uma norma (seja regra ou princípio decorrentes do poder conformador do legislador) está-se diante de um conflito normativo entre a lei e a Constituição. Isso não se pode negar. A segurança jurídica passa também pela conformação legislativa levada a cabo pelo legislador em deferência ao texto constitucional. Considerando-se a hierarquia da Constituição em face da lei<sup>176</sup>, podemos ter as seguintes situações de conflitos normativos:

a) princípio constitucional *versus* princípio previsto em lei;

b) princípio constitucional *versus* regra em lei;

c) regra constitucional *versus* princípio em lei;

d) regra constitucional *versus* regra em lei.

Nas quatro hipóteses acima, todas as normas (regra ou princípio) inseridas no ordenamento jurídico em decorrência da atuação conformadora do legislador, se incompatíveis com a Constituição e reconhecida sua inconstitucionalidade<sup>177</sup>, independentemente de serem regras ou princípios, essas normas deverão ser eliminadas do ordenamento jurídico.

Volta-se a indagar: se as normas colidentes, princípio e regra, encontram-se num mesmo diploma legal, ultrapassada a questão da constitucionalidade, como seria resolvido o conflito normativo sem por em risco a definição de regra como comando definitivo e princípio como mandamento de otimização? A melhor resposta é a dada por Alexy. Ou seja, não se deve fazer o sopesamento do princípio conflitante com a regra, mas com o princípio fundante e justificador da regra<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> Ou até mesmo da emenda constitucional que contraria os limites impostos pela Constituição ao poder constituinte reformador, v.g. art. 60, da CF/88.

<sup>177</sup> Aqui pressupondo a inconstitucionalidade em seu sentido ortodoxo, com a consequente cassação da norma maculada.

<sup>178</sup> De certo modo tanto Hart, como já apontado, quanto Dworkin concordam com essa posição, quando se observa o ponto de vista desse último para as soluções

### 3.5. CONFLITO NORMATIVO NA CONSTITUIÇÃO: EM BUSCA DE UM CRITÉRIO OBJETIVO PARA SOLUCIONÁ-LO

Admitidos os conflitos normativos na Constituição, mormente *entre regras constitucionais*, seguem análises desses últimos, adotando-se como base a teoria de Alexy, acima exposta, aliada aos critérios clássicos de hierarquia, cronologia e especialidade.

#### 3.5.1. CRITÉRIO HIERÁRQUICO: LEX SUPERIOR DEROGAT LEX INFERIOR

Não há como conceber hierarquia entre normas constitucionais num sistema de constituição rígida como a CF/88<sup>179</sup>. Isso porque as normas constitucionais originárias que integram a Constituição têm por fundamento o mesmo poder constituinte

---

adotadas no conflito de regras: “*Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras que dão precedência à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra sustentada pelo princípio mais importante.*” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 43). Negrito. Mais adiante, Dworkin ao responder Raz, quando esse quer jogar por terra a teoria das regras e princípios, afirmando que quando a regra é conflitante com o princípio, deve-se avaliar o peso das duas normas, defendeu que: “*as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma – entre princípios concorrentes [...] Na verdade, quando Raz descreve a aferição do peso de uma regra moral ou jurídica, ele está, na verdade, falando da aferição do peso de princípios e políticas servidos pela regra, pois deve ser isso que ele quer dizer quando fala do “objetivo” de uma regra.*” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ob. Cit. p. 121-122). Negrito.

<sup>179</sup> CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1956. p. 392, *verbis*: “*repugna, absolutamente ao regime de constituição escrita ou rígida, a distinção entre leis constitucionais em sentido material e formal; em tal regime são indistintamente constitucionais todas as cláusulas constantes da constituição, seja qual foi seu conteúdo ou natureza.*”

originário<sup>180</sup> que lhes confere, num mesmo plano horizontal, validade e eficácia, pois dispostas lado a lado, sem distinção entre elas<sup>181</sup>. Todas as normas constitucionais têm o mesmo valor<sup>182</sup>. Isso é incompatível com a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, tese defendida por Otto Bachoff<sup>183</sup>, que reconhece que a constituição compreende normas não escritas de direito suprapositivo<sup>184</sup> e que essas normas (de direito suprapositivo) têm por efeito tornar inconstitucionais normas constitucionais (formais) que com elas venham a colidir<sup>185</sup>. Pelo fato de esse direito suprapositivo (materialmente constitucional) sempre prevalecer em face daquele formalmente constitucional<sup>186</sup>, é possível o controle por intermédio da Corte Constitucional<sup>187</sup>, pois não se pode “*imaginar que a judicatura, que recebe sua dignidade e autoridade unicamente da ideia de justiça, possa renunciar em princípio a um controlo cujo padrão seja esta ideia*”<sup>188</sup>”<sup>189</sup>. Assim, no caso de conflito entre normas

<sup>180</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. p. 14.

<sup>181</sup> ALVES, José Carlos Moreira. A inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias – Sua impossibilidade em nosso sistema constitucional. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. Nº 2, p. 53-54. 1997. p. 53. Nesse sentido: “*No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte formal, não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer das suas normas. É um princípio de identidade ou de não contradição que o impede.*” (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo VI. Ob. Cit. p. 18).

<sup>182</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 72

<sup>183</sup> BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Reimpressão. Coimbra: Almedina. 2008.

<sup>184</sup> BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Ob. Cit. p. 35.

<sup>185</sup> BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Ob. Cit. p. 62.

<sup>186</sup> BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Ob. Cit. p. 55.

<sup>187</sup> BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Ob. Cit. p. 30.

<sup>188</sup> BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Ob. Cit. p. 77.

<sup>189</sup> Nesse aspecto, pontua Jorge Miranda que a questão não é de inconstitucionalidade: “*...não cremos que, a dar-se qualquer forma de contradição ou de violação dessa axiologia, estejamos diante de uma questão de inconstitucionalidade, mas sim diante de uma questão que a ultrapassa, para ter de ser encarada e solucionada em plano diverso - no da Constituição material que é adotada ou no tipo constitucional*



constitucionais originárias, a existência de normas constitucionais inconstitucionais só é possível se reconhecida a hierarquia entre normas constitucionais<sup>190</sup>.

O STF já se posicionou no sentido de inadmissibilidade do controle de constitucionalidade de normas (*in casu*, regras) constitucionais originárias, pois entende que a hierarquia entre normas constitucionais originárias, que dá escora à declaração de inconstitucionalidade de umas em relação às outras, é incompatível com rigidez constitucional<sup>191</sup>, como supra mencionado, v.g, as ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADIs) 815 e 4.097, em que o STF objetou, em duas ocasiões, a possibilidade de conflito (real) existente entre regras constitucionais originárias. Na primeira, conforme alegação do requerente, o poder constituinte originário, ao estabelecer no art. 45, §§1º e 2º, da CF/88, o número de deputados para os territórios em 4 (quatro) e o número de deputados dos estados no mínimo de 8 (oito) e no máximo de 70 (setenta), feriu o direito supralegal atinente: a) à igualdade art. 5º; b) à igualdade de voto, art. 14; c) ao exercício, pelo povo, do poder, art. 1º, parágrafo único; d) à democracia, art. 1º, todos da CF/88<sup>192</sup>. A se-

---

*ao qual pertence. [...] . O que não poderá haver será inconstitucionalidade: seria incongruente invocar a própria Constituição para justificar a desobediência ou a insurreição contra as suas normas". O que há é "injustiça da lei constitucional. e como tal deve ser assumida"* (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo VI. Ob. Cit. p. 17 e 19-20).

<sup>190</sup> A "inconstitucionalidade de uma norma constitucional resulta do facto de esta norma ser considerada hierarquicamente inferior (rangniedere Norm) e estar em contradição com outra norma da constituição julgada hierarquicamente superior (ranghöhere Norm)" (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Ob. Cit. p. 1.232).

<sup>191</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 194.

<sup>192</sup> "EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuí-

gunda manifestação do STF refere-se à alegação de que a parte final do §4º, do art. 14, da CF/88, ao considerar inelegíveis e inalistáveis os analfabetos, é descabida por ferir o princípio da igualdade e também por ferir o *caput* do próprio art. 14, que dispõe que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal [...] com valor igual para todos”<sup>193</sup>. Como se observa em ambas as hipóteses não estava em jogo conflito entre regras, mas colisão entre princípios e regras, optando o STF, no caso dessa colisão, pela regra, sem maiores aprofundamentos, nos termos outrora apontados acerca do posicionamento de Alexy<sup>194</sup> e aquele apontado por Virgílio Afonso da Silva<sup>195</sup>.

Mas é possível constatar a hierarquia entre “normas constitucionais”<sup>196</sup> quando se depara com conflito normativo,

---

*da para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.” (ADI 815, DJ 10/05/96, p. 15.131).*

<sup>193</sup> “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, §4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário.” (ADI 4.097 AgR, DJe-211, public.: 07/11/08).

<sup>194</sup> A ponderação ocorrerá entre o princípio no qual se funda a regra e o princípio outro conflitante (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 90-91. Nota 24).

<sup>195</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Ob. Cit. p. 52.

<sup>196</sup> Na verdade não se trata de conflito entre normas constitucionais, pois uma emenda constitucional somente pode ser reconhecida se obediente aos cânones do rito que limita o exercício do poder constituinte reformador, no caso da CF/88 o art. 60. Caso

e, aqui, especificamente, conflito entre regras, sendo uma delas *emenda constitucional* e a outra *norma constitucional*<sup>197 198</sup> que esteja sob o pálio das cláusulas pétreas<sup>199</sup>. Nesse sentido, já se posicionou o STF que considerou inconstitucional emenda à Constituição<sup>200 201</sup>. Mas, nesse caso, o conflito é, também, do

---

a “emenda constitucional” desobedeça o rito, seja no sentido material ou formal, será um arremedo de emenda, pois, embora exista como tal, não ultrapassará o plano da validade. Mas, não se pode olvidar que, até que seja declarada inconstitucional, essa “emenda constitucional” poderá vigorar. Como se observa, há diferentes planos: da existência, da vigência e da validade que devem ser completados para que uma emenda constitucional seja assim reconhecida. Sobre esses planos ver: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1986; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* 1ª parte. São Paulo: Saraiva. 2003; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva. 2013; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a eficácia de suas normas*. Ob. Cit. p. 80-89.

<sup>197</sup> Aqui entendida aquela norma já inserida, anteriormente, na constituição, seja por ser norma confeccionada pelo poder constituinte originário ou pelo poder constituinte reformador, mas dotada de plena eficácia como norma constitucional.

<sup>198</sup> A chamada inconstitucionalidade mais “realista”, que se refere às normas de revisão em desconformidade como os limites impostos pela Constituição, ou seja, são as *normas constitucionais inconstitucionais supervenientes*. Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Ob. Cit. p. 1.233.

<sup>199</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Ob. Cit. p. 501-502.

<sup>200</sup> “EMENTA: - *Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária*

critério de solução, isto é, entre o critério cronológico e o critério hierárquico, devendo prevalecer esse último.

Mas, no caso de conflito entre regras constitucionais, aquelas promulgadas num mesmo momento (seja ela decorrente do poder constituinte originário ou decorrente do poder constituinte reformador), como seria a resolução desse conflito? Embora apontando para a incompatibilidade da tese da inconstitucionalidade das normas constitucionais, assim expõe Jorge Miranda: *“Se a Constituição como um conjunto de regras e princípios tem de ser tomada como um todo harmônico, haverá que procurar definir as relações entre eles (em termos de regra e exceção, de regra geral e especial ou como entender); e apenas, quando pelos processos lógicos de trabalho dos juristas não for possível superar um conflito de normas, será, por ventura, legítimo recorrer a interpretação corretiva ou a interpretação ab-rogante.”*<sup>202</sup> Se a antinomia for aparente, portanto, solúvel, permite-se a conciliação das regras conflitantes por intermédio da *“interpretação corretiva”*. Mas, se se tratar de antinomia real, por isso insolúvel, é impossível a concilia-

---

*recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, “a”, da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: “b”): templos de qualquer culto; “c”): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e “d”): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, “a”, “b”, “c” e “d” da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.” (ADI 939, DJ 18/03/94, p. 5.165).*

<sup>201</sup> Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo VI. Ob. Cit. p. 13.

<sup>202</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo VI. Ob. Cit. p. 19.

ção, devendo-se adotar a "*interpretação abrogante*", que consiste na eliminação de uma das regras conflitantes (ab-rogação simples) ou na eliminação de ambas as regras contrárias (ab-rogação dupla)<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> O STF já se manifestou nesse sentido, mas, analisando norma infraconstitucional. Vide: "*EMENTA: - 'Habeas corpus'. Crime de quadrilha ou bando. Interpretação dos artigos 8º e 10 da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. - Quando há choque entre dois dispositivos de uma mesma lei, a antinomia não pode ser resolvida pelos critérios da hierarquia ou da sucessividade no tempo, porque esses critérios pressupõem a existência de duas leis diversas, uma hierarquicamente superior à outra, ou esta posterior à primeira. Nesse caso, que é o de mais difícil solução, o que é preciso verificar é se a antinomia entre os dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo é uma antinomia aparente, e, portanto, solúvel, ou se é um antinomia real, e, conseqüentemente, insolúvel. A antinomia aparente é aquela que permite a conciliação entre os dispositivos antinômicos, ainda que pelo que se denomina "interpretação corretiva", ao passo que a antinomia real é aquela que, de forma alguma, permite essa conciliação, daí decorrendo a necessidade de se adotar a chamada "interpretação abrogante", pela qual ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla). Dessas três soluções, a que deve ser preferida - só sendo afastável quando de forma alguma possa ser utilizada - é a interpretação corretiva, que conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou de parcial modificação no texto da lei. No caso, a interpretação corretiva é perfeitamente aplicável. Com efeito, atendendo-se a que o artigo 8º da Lei nº 8.072/90 se dirige à pena e a que o artigo 10 dessa mesma Lei tem inequivocamente como em vigor o tipo delituoso previsto no artigo 14 da Lei nº 6.368/76, a forma de afastar-se a interpretação ab-rogante - que só deve ser utilizada no caso extremo de inconciliabilidade absoluta - será a da conciliação sistemática, mediante a interpretação restritiva de ambos os dispositivos, deixando ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha que se forma para a prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade. "Habeas corpus" indeferido."* (HC 68793, DJ 06/06/97, p. 3.028). Negrito.

"*EMENTA: - Habeas corpus. Crime de quadrilha ou bando. Associação para os fins de praticar o tráfico de drogas. 2. Lei nº 6368/1976, art. 14 e Lei nº 8072/1990, arts. 8º e 10. 3. O art. 8º da Lei nº 8072/1990 não revogou o art. 14 da Lei nº 6368/1976, a que se refere o art. 10 da Lei nº 8072/1990. A pena, no caso de quadrilha destinada à prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (Lei nº 6368/1976, art. 14) é a prevista no art. 8º da Lei nº 8072/1990. 4. Interpretação dos arts. 8º e 10 da Lei nº 8072/1990. Cuida-se de dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo. No exame da matéria, não há, pois, questão de direito intertemporal. 5. Antinomia aparente e antinomia real. Interpretação corretiva e interpretação abrogante: abrogação simples e abrogação dupla. 6. Aplica-*

Outro aspecto: não vinga a distinção *em grau* entre princípios e regras, para que aqueles, concebidos como mandamentos nucleares<sup>204</sup>, tenham precedência ou preferência (hierarquia) em relação às regras, pois princípio e regra concorrem em pé de igualdade na Constituição, cada um desempenhando seus papéis, conforme mencionado.

### 3.5.2. CRITÉRIO CRONOLÓGICO: LEX POSTERIOR DEROGAT LEX PRIORI

Por óbvio inaplicável esse critério às regras constitucionais derivadas do poder constituinte originário, posto que elas são promulgadas num mesmo momento. Esse critério pressupõe a existência de regras constitucionais sucessivas no tempo, o que remete, de certa forma, ao poder constituinte reformador.

Mas, *a priori*, digno de nota é quando se trata de regras advindas com a nova Constituição, em face das regras existentes na constituição anterior. Antes de tudo, a nova Constituição revoga totalmente a anterior, pois só pode haver uma Constituição, em cada país e em cada momento, em razão do que não há falar em compatibilidade ou não de normas anteriores, em face da nova Constituição<sup>205</sup>. Isso decorre, inclusive, de uma

---

*ção, no caso, da interpretação corretiva, com conciliação sistemática, mediante interpretação restritiva de ambos os dispositivos (Lei nº 8072/1990, arts. 8º e 10), reservando-se ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha destinada à prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade, tal como descrito no art. 14 da Lei nº 6368/1976, nele referido. 7. Vigente, dessa maneira, o art. 14 da Lei nº 6368/1976, a absolvição da co-ré, quanto ao delito de associação, nesse dispositivo descrito, não é de estender-se ao paciente, em face da fundamentação desenvolvida no acórdão, que não merece reparo, também, de referência à dosagem da pena. 8. Habeas corpus indeferido.” (HC 72862, DJ 25/0/96, p. 41.028). Negrito.*

<sup>204</sup> “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. Ob. Cit. p. 975)

<sup>205</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo II. Ob. Cit. p. 276.

das regras de inspiração lógica para a solução de antinomias: a regra anterior é revogada quando a regra superveniente regula inteiramente a matéria<sup>206</sup>. Há quem postule que as normas da Constituição pretérita são recepcionadas pela nova Constituição, desde que com essa não sejam incompatíveis<sup>207</sup>. Essa tese não foi encampada pelo STF<sup>208</sup>. No entanto, se cabe ao poder

---

<sup>206</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. Ob. Cit. p. 126.

<sup>207</sup> Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à constituição da república federativa dos estados unidos do Brasil de 1934. Tomo 2. Rio de Janeiro: Editora Guanabara. 1934. p. 560-561; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969. Tomo I. 2ª edição. São Paulo: RT. 1970. p. 249-250. Ou, somente aquelas normas que não fossem materialmente constitucionais, ou seja, somente aquelas formalmente constitucionais podiam ser recepcionadas tacitamente, por intermédio do critério da desconstitucionalização, valendo, desde então, como normas ordinárias. Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder constituinte. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 89-90.

<sup>208</sup> *“E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REVESTIDOS DE CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE - INOVAÇÃO TEMÁTICA IMPROPRIAMENTE SUSCITADA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INVIABILIDADE - PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE QUE O ART. 119, §3º, "C", DA CARTA FEDERAL DE 1969 TERIA SUBSISTIDO EM FACE DA NOVA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (1988) - RECEPÇÃO INEXISTENTE - MATÉRIA JÁ APRECIADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CARACTERIZAÇÃO DO INTUITO PROCRASTINATÓRIO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - MULTA - EXECUÇÃO IMEDIATA DA DECISÃO, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO - POSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. A QUESTÃO PERTINENTE ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE UMA NOVA CONSTITUIÇÃO E A ANTERIOR CONSTITUIÇÃO POR ELA REVOGADA: REVOGAÇÃO GLOBAL E SISTÊMICA DA ORDEM CONSTITUCIONAL PRECEDENTE. - A vigência e a eficácia de uma nova Constituição implicam a supressão da existência, a perda de validade e a cessação de eficácia da anterior Constituição por ela revogada, operando-se, em tal situação, uma hipótese de revogação global ou sistêmica do ordenamento constitucional precedente, não cabendo, por isso mesmo, indagar-se, por impróprio, da compatibilidade, ou não, para efeito de recepção, de quaisquer preceitos constantes da Carta Política anterior, ainda que materialmente não-conflitantes com a ordem constitucional originária superveniente. É que - consoante expressiva advertência do magistério doutrinário (CARLOS AYRES BRITTO, "Teoria da Constituição", p. 106, 2003, Forense) - "Nada sobrevive ao novo Texto Mag-*

constituente revogar, também pode ele conservar, a isso se chama recepção material<sup>209</sup>, mas o título de superioridade mantido pela norma preservada decorre da norma constitucional atual e não da Constituição anterior<sup>210</sup>. Nesse sentido é o que se observa no art. 34, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), *verbis*: “O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.”

O critério cronológico é usado, especialmente, para solução de antinomias entre regras constitucionais originárias e regras constitucionais derivadas, ou entre regras constitucionais derivadas editadas em sucessivas emendas constitucionais<sup>211</sup>. Mas, como já observado, se o poder constituinte reformador

---

*no”, dada a impossibilidade de convívio entre duas ordens constitucionais originárias (cada qual representando uma idéia própria de Direito e refletindo uma particular concepção político-ideológica de mundo), exceto se a nova Constituição, mediante processo de recepção material (que muito mais traduz verdadeira novação de caráter jurídico-normativo), conferir vigência parcial e eficácia temporal limitada a determinados preceitos constitucionais inscritos na Lei Fundamental revogada, à semelhança do que fez o art. 34, “caput”, do ADCT/88. - O Supremo Tribunal Federal, em virtude da revogação global da Carta Política de 1969 (aí incluído, portanto, o seu art. 119, §3º, “c”), não mais dispõe de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal, pois, com a superveniência da nova Constituição republicana, devolveu-se, em sua inteireza, ao Congresso Nacional, o poder de legislar sobre matéria processual, mesmo tratando-se de causas sujeitas à jurisdição da Suprema Corte. Conseqüente legitimidade constitucional da Lei nº 8.950/94, que, ao reformular o art. 546 do CPC, restringiu a utilização dos embargos de divergência à hipótese em que o acórdão embargado resultar de julgamento proferido em sede de recurso extraordinário (CPC, art. 546, II). [...]” (AI 386820 AgR-ED-EDv-AgR-ED, DJ 04/02/05, p. 7).*

<sup>209</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II. Ob. Cit. p. 277-278.*

<sup>210</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição. Ob. Cit. p. 59.*

<sup>211</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Ob. Cit. p. 507.*



deixar de observar os limites estabelecidos pelo art. 60, da CF/88, o critério passa a ser outro, o hierárquico, pois, mais forte que o cronológico, que é considerado um critério fraco<sup>212</sup>. Porém, se a emenda for formal e materialmente constitucional, terá vigência imediata (salvo se, de modo diverso, dispuser o poder constituinte reformador) e revogando as regras constitucionais anteriores que sejam com ela incompatíveis<sup>213</sup>. Outro aspecto a ser observado é quanto às revogações tácita e expressa. *"Que é que significa revogar disposições em contrário, senão revogar as disposições das leis anteriores, inconciliáveis com a lei posterior? Ora, a revogação tácita não é outra coisa; resulta da incompatibilidade entre a lei antiga e a lei nova. Aquilo que a fórmula diz é, efetivamente, isso e nada mais. Se o não dissesse, o efeito seria idêntico; porque, ainda assim, estariam, na verdade, revogadas todas as disposições em contrário. Em suma, há uma revogação, mas é preciso ir procurar, segundo o critério da incompatibilidade, as disposições revogadas. Por isso, Planiol reputa inteiramente inútil a precaução usual de declarar revogadas as disposições em contrário: 'c'est parler pour rien dire'<sup>214</sup>".* Mas, é de boa técnica que os preceitos constitucionais sejam revogados de forma expressa<sup>215</sup>, pois, em *"nível constitucional, não pode reinar a incerteza com que topamos em muitos casos de revogação tácita. Ter dúvidas sobre o direito constitucional em vigor é muito mais grave do que haver incerteza quanto ao direito infraconstituci-*

---

<sup>212</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 108.

<sup>213</sup> *"Aqui, ao contrário do que normalmente se passa com o advento de uma nova Constituição, não há descontinuidade de qualquer natureza, seja formal ou material. Tampouco há que se falar em revogação do sistema. A revogação aqui operada é limitada ao dispositivo substituído e às eventuais implicações sistêmicas que disso resultem."* (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. Ob. Cit. p. 67).

<sup>214</sup> RÃO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 5ª edição. São Paulo: RT. 1999. p. 340-341.

<sup>215</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 507.

onal efetivamente vigente<sup>216</sup>.” Exemplo de revogação tácita é o que ocorrerá com o art. 208, II, com redação dada pela EC 14/96, por força do disposto no inciso I, do mesmo artigo, com redação dada pela EC 59/09, conforme art. 6º, dessa mesma emenda<sup>217</sup>. Vide:

*“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*

*I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009);*

*II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996);”*

O Inciso II, do art. 208, prevê progressividade do ensino gratuito. Já o inciso I, do mesmo art. 208, estabelece a gratuidade do ensino a todos. Mas a progressividade, estabelecida no mencionado inciso II tem termo final, o ano de 2016, nos termos do art. 6º, da EC 59/09, *verbis*:

*“Art. 6º. O disposto no inciso I do art. 208 da Constituição Federal, deverá ser implementado progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União.”*

### 3.5.3. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE: LEX SPECIALIS DEROGAT LEX GENERALI

Embora alguns entendam que o critério da especialidade é insuficiente para resolver os conflitos normativos, pelo fato de a Constituição ser composta de *proposições gerais* e não *regras específicas*<sup>218</sup>, não se pode olvidar que, para além de

---

<sup>216</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Ob. Cit. p. 1.070.

<sup>217</sup> Exemplo citado por: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 508.

<sup>218</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Ob.

princípios, a Constituição, também, possui grande quantidade de regras. Assim, o critério da especialidade não só é comumente empregado quando se trata de *regras constitucionais*<sup>219</sup>, mas, ante a particularidade das normas constitucionais, entre os critérios clássicos é o mais adequado para dirimir conflitos entre regras constitucionais. Aqui se dá preferência à norma especial em face da norma geral. Funciona o critério de especialidade quando uma norma prescreve uma determinação geral e a outra excepciona. Tudo indica que isso se aproxima daquilo que é denominado *regra de exceção* por Dworkin e Alexy, ressalvada a diferença entre ambos quanto à enumeração teórica dessas exceções, como já pontuado.

Destacam-se duas situações distintas: *a)* antinomia entre duas regras de mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo, ou seja, as regras foram editadas ao mesmo tempo e estão inseridas no mesmo diploma legal, *in casu*, a Constituição; *b)* a antinomia existente entre duas regras contidas na Constituição, mas editadas em momentos distintos, *v.g.* *I)* *regra 1* editada pelo poder constituinte originário e *regra 2* editada pelo poder constituinte reformador ou *II)* regras editadas em distintos momentos pelo poder constituinte reformador.

Na hipótese “*a*”, supra, não há falar em solução do conflito entre as regras pelo critério hierárquico ou cronológico, pois ambas gozam de mesmo *status* hierárquico e foram editadas simultaneamente. O que resta é o critério de especialidade<sup>220</sup>.

---

Cit. p. 327.

<sup>219</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 509.

<sup>220</sup> O STF já teve oportunidade de se pronunciar, aplicando a regra especial em face à regra geral: “*EMENTA: AÇÃO PENAL. QUESTÕES DE ORDEM. CRIME DOLOROSO CONTRA A VIDA IMPUTADO A PARLAMENTAR FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VERSUS COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. NORMA CONSTITUCIONAL ESPECIAL. PREVALÊNCIA. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO. NÃO RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF PARA JULGAMENTO. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. 1. O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, detém prerrogativa de foro perante o Supremo*”

Se inaplicável o critério de especialidade, deve-se recorrer à "interpretação corretiva", pois ela conserva ambas as normas incompatíveis, por meio de interpretação que se ajusta ao espírito da Constituição<sup>221</sup>, corrigindo a incompatibilidade das regras, eliminando-a pela inserção leve ou de parcial modificação no texto da Constituição. Isso, porque não se deve esquecer que se trata de conflito entre regras constitucionais, fruto de uma vontade unitária e única do poder constituinte (seja ele originário ou reformador), as quais não podem ser conflitantes quando aplicadas. Nesse caso, cabe ao intérprete não se fazer de rogado, negando o conflito<sup>222</sup>, mas, guiado pelo princípio da unidade da constituição<sup>223</sup>, buscar a conciliação possível entre essas regras conflitantes, porém, sem jamais anular uma em favor da outra<sup>224</sup>.

Na segunda hipótese, "b", a primeira indagação a ser feita é se a regra 2, produto do poder constituinte reformador é

---

*Tribunal Federal, onde deve ser julgado pela imputação da prática de crime doloso contra a vida. 2. A norma contida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, b, da Lei Maior, definidor da competência do Supremo Tribunal Federal, dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte. 3. A renúncia do réu produz plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do Supremo Tribunal Federal para o juízo criminal de primeiro grau. Ausente o abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato. 4. Autos encaminhados ao juízo atualmente competente." (AP 333, DJe 65, public.: 11/04/08).*

<sup>221</sup> Não se trata de sopesamento entre as regras conflitantes, o que poria em causa a teoria de Alexy, que neste estudo é adotada, mas, de buscar uma interpretação coerente, sistêmica com o todo o sistema constitucional.

<sup>222</sup> Como faz Canotilho, que tende a negar a existência de tensões entre normas constitucionais escorado no princípio da unidade da constituição (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Ob. Cit. p. 1.183-1.184).

<sup>223</sup> Agora, sim, "Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre normas constitucionais a concretizar." (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 232).

<sup>224</sup> Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. Ob. Cit. p. 198.

material e formalmente constitucional, quer seja, se foi obedecido o disposto no art. 60, da CF/88. Se negativa a resposta, a “*emenda constitucional*” não terá força como tal e será expurgada do ordenamento jurídico, pois, inservível para modificar a Constituição<sup>225 226</sup>. Se positiva a resposta, deve-se perquirir se há uma relação de especialidade entre as regras, ou seja, se uma delas é geral e a outra especial<sup>227</sup>. Se verificada, o critério para solução será o de especialidade. Caso não se verifique essa relação, deve-se buscar solução no critério cronológico, pois, mais racional e controlável<sup>228</sup>, em que a norma posterior revoga a norma anterior.

Alguns exemplos de conflitos entre regras constitucionais que se podem resolver pelo critério da especialidade:

a) Seria o benefício um direito do trabalhador ou de seu dependente?

*“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*

*XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada*

---

<sup>225</sup> Não obstante os apontamentos de Bobbio de que não existe uma regra geral consolidada, oscilando entre a prevalência do critério hierárquico, ora o de especialidade, pois ambos são critérios fortes (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 108-110), em sede constitucional, se se tratar de desobediência aos cânones do art. 60, da CF/88, isso não se observa. Deve prevalecer o critério hierárquico.

<sup>226</sup> Aqui, inaplicáveis as observações de Bobbio de que “*teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico*” (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 109), pois trata-se aqui de conflito entre normas, que deve ser resolvido sob o prisma do “*tudo ou nada*” e não de colisão entre princípio e regra, como apontado por Bobbio. Ademais, trata-se de regra que tenta se inserir na constituição sem obedecer ao rito de reforma previsto no art. 60, da CF/88. Assim, “*efetivamente deve prevalecer o critério hierárquico*”.

<sup>227</sup> Faz-se necessário que o âmbito de incidência da norma especial esteja contido na norma geral, mas ambas apontem direções distintas e conflitantes. Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Ob. Cit. p. 96-97. Ou seja, quando ocorrer a antinomia total-parcial, da qual nos dá notícia Alf Ross (ROSS, Alf. Direito e justiça. Ob. Cit. p. 158-159).

<sup>228</sup> Afasta-se de certos subjetivismos do Judiciário de difícil controle.

pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

*Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

*IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)” (Negrito).

Ambos os dispositivos têm o mesmo momento de promulgação, pois decorrem da EC (Emenda Constitucional) 20/98. Nesse caso, a regra do art. 7º, XII, é norma geral, que trata de vários direitos dos trabalhadores, enquanto a regra prevista no art. 201, IV, é norma especial, pois inserida no subsistema constitucional que trata especificamente dos direitos previdenciários do trabalhador (segurado) e seus dependentes.

*b)* A competência para legislar sobre previdência é privativa da União ou concorrente com os Estados, Distrito Federal e Municípios?

O *caput* do art. 194 da CF/88 define a *seguridade social* como “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.*”

O art. 22, da CF/88, que trata da competência legislativa privativa da União, assim dispõe:

*“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*

*XXIII - seguridade social;”* (Negrito).

No entanto, ao tratar da competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal, assim preceitua o art. 24, também da CF/88:

*“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:*

*XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;”* (Negrito).

Para solucionar tal conflito entre essas regras, diga-se, oriundas do poder constituinte originário, deve-se compreender

que a previdência social (que compõe a seguridade social, art. 194, *caput*), compreende: *a*) os regimes previdenciários complementares (art. 40, §§14 a 16, e art. 202, ambos da CF/88) e *b*) os regimes previdenciários básicos (o regime geral de previdência, de que trata o art. 201 e o regime previdenciário próprio dos servidores públicos, art. 40, todos da CF/88). Por sua vez assim dispõe o art. 40, da CF/88:

*Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

Assim, o art. 24, XII, é especial em face do art. 22, XXIII, pois reconhece a competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal<sup>229</sup> para legislar acerca da previdência social, especificamente, em relação ao regime previdenciário próprio dos seus respectivos servidores públicos detentores de cargo efetivo.

#### 4. CONCLUSÃO

Não se pode olvidar a existência de conflitos normativos na Constituição. Ainda mais, quando se trata de uma Constituição como a CF/88, *extensa* (que se pode denominar de “*constituição-código*”), *compromissária* (tenta conciliar normas inspiradas em visões e ideologias divergentes de mundo) e de *linguagem aberta* (em que uma situação fática pode enquadrar-se em diversas normas constitucionais que apontam para direções diferentes). Assim, esses conflitos podem ocorrer tanto entre normas do poder constituinte originário, quanto entre normas

---

<sup>229</sup> Estão inclusos aí, também, os Municípios, como se observa do disposto do art. 40, *caput*, considerando o disposto no art. 18, ambos da CF/88.

do poder constituinte reformador ou entre aquelas e essas.

Ciente desses possíveis e potenciais conflitos, não basta identificá-los. São necessários métodos racionais e coerentes para solucioná-los, ante a singularidade das normas constitucionais, que, para além da unidade sistêmica entre si, são, também, referenciais da unidade sistêmica de todo o ordenamento jurídico<sup>230</sup>.

Assim, a despeito da contribuição dos critérios clássicos (cronológico, de especialidade e hierárquico), esses pouco ajudam o intérprete ao se deparar com conflitos entre normas constitucionais. Mas, os critérios clássicos, se aliados aos contributos de Alexy, ao conceber os princípios como mandamentos de otimização e regras como direitos definitivos, possibilitam não só maior racionalidade na identificação, mas, também, na solução dos *conflitos entre regras* constitucionais.



## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. 3ª edição. Martins Fontes: São Paulo. 1998.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Org./Trad. Luís Afonso Heck. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

\_\_\_\_\_. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012.

---

<sup>230</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Ob. Cit. 318.



- ALVES, José Carlos Moreira. A inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias – Sua impossibilidade em nosso sistema constitucional. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*. Nº 2. p. 53-54. 1997.
- AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da república*. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret. 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7º edição. São Paulo: Malheiros. 2007.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1986.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Reimpressão. Coimbra: Almedina. 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social*. *Revista de Direito Público (RDP)*. Nº 57/58. p. 233-256. 1981.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros. 2012.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à constituição federal brasileira*. Vol. II. São Paulo: Saraiva. 1933.
- \_\_\_\_\_. *Discursos Parlamentares. Obras Completas*. Vol. XLI – 1914. Tomo III. Brasília: Ministério da Educação. 1974.
- BARROSO, Luis Roberto. *Doze anos da constituição de 1988, in Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.
- \_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7ª edição Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2006.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3ª

- edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2012.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª edição. Reimpressão 2006. Brasília: UnB Editora. 1999.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11ª edição. São Paulo: Malheiros. 2001.
- BRITO, Miguel Nogueira de. A constituição constituinte: Ensaio sobre o poder de revisão da constituição. Coimbra: Editora Coimbra. 2000.
- CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1956.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceitos de sistemas na ciência do direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 5ª edição. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina. 1992.
- \_\_\_\_\_. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª edição. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina. 2003.
- \_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra: Coimbra Editora. 1991.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 16ª edição. São Paulo: Saraiva. 2004.
- DINIZ, Maria Helena. Conceito de norma jurídica como problema de essência. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003.
- \_\_\_\_\_. Conflito de normas. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003.
- DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado. Parte geral. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 2007.
- ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1964.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Conceito de sistema no direito.

- São Paulo: RT. 1976.
- \_\_\_\_\_. *Antinomia in Enciclopédia saraiva de direito*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva. 1977.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª edição. São Paulo: Atlas. 2001.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3ª edição. Curitiba: Positivo. 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2005.
- FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arces y. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas. 1990.
- GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002.
- \_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002.
- \_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros. 2006.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2007.
- HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la constitucion in Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. p. 61-84. 1983.
- ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Trad. Carlos Souza. Barueri: Manole. 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris. 1986.
- \_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

- \_\_\_\_\_. Teoria pura do direito. Versão condensada pelo autor. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3ª edição. São Paulo: RT. 2003.
- LALANDE, André. Vocabulário técnico e crítico da filosófica. Trad. Fátima de Sá Correia, Maria Emília V. Aguiar, José Eduardo Torres e Maria Gorete de Souza. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 1999.
- LOSANO, Mario G. Os Grandes sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes. 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1993.*
- MELLO, Celso D. Albuquerque. Direito constitucional internacional. Rio de Janeiro: Renovar. 1994.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia 1ª parte. São Paulo: Saraiva. 2003.
- \_\_\_\_\_. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 12ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003.
- \_\_\_\_\_. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 12ª edição. São Paulo: Saraiva. 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2005.
- \_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 6ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.*
- \_\_\_\_\_. Manual de direito constitucional. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.
- \_\_\_\_\_. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2010.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários

- à constituição da república federativa dos estados unidos do Brasil de 1934. Tomo 2. Rio de Janeiro: Editora Guanabara. 1934.
- \_\_\_\_\_. Comentários à constituição de 1967, com a emenda Nº 1 de 1969. Tomo I. 2ª edição. São Paulo: RT. 1970.
- RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 5ª edição. São Paulo: RT. 1999.
- ROSS, Alf. Direito e justiça. Trad. Edson Bini. Rev. Alysson Leandro Mascaro. 1ª edição. Bauru: Edipro. 2000.
- SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência, *in* A reforma da previdência social. Temas polêmicos e aspectos controvertidos. TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
- SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico. 27ª edição. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense. 2006.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 1998.
- \_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional positivo. 35ª edição. São Paulo: Malheiros. 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. p. 607-630. 2003.
- \_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito. 1ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2011.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2011.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2013.
- STRENGER, Irineu. Lógica jurídica. São Paulo: Ltr. 1999.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: RT. 1977.