3

As lições do pós-positivismo e da nova hermenêutica como catalisadoras da normatividade dos princípios constitucionais.

Para se falar em normatividade de princípios, certamente deveríamos ter ultrapassado – como assim fizemos - os conhecimentos mínimos acerca de suas teorias, alma ou essência, ou seja, da sua natureza teoricamente exposta como proposto por *Dworkin*. A sutileza dos ensinamentos deste autor se revela, sobretudo, quando se chama a atenção para a diferença conceitual e operacional destas diversas espécies de normas (regras e princípios). Significa dizer que, para que aceitemos, afinal, a força normativa que estes possuem, importante que tenhamos ultrapassado esta filosofia ainda que minimamente, bem como os ensinamentos acerca da co-participação dos princípios dentro do universo normativo com as demais espécies de ordens.

Não somente isso, após revelar a existência de princípios como indispensável à atividade judicial, *Dworkin* lançou questões sobre a problemática entre estas diversidades de normas, teorizando critérios e definindo a importância de cada uma delas dentro de suas respectivas peculiaridades. Assim, demonstrou a necessidade da atenção a uma teoria jurídica mais complexa e argumentativa, bem como o esclarecimento acerca dos riscos de se permanecer num sistema unicamente automatizado de regras, portanto pobre e desprovido de uma carga axiológica ou principiológica.

Assim, superada a fase de grandes discussões acerca da Teoria do Direito, precisamente no que se refere à simplória distinção entre regras e princípios, indispensável ao interprete da atualidade se debruçar sobre algo que se revela mais fundamental ainda, ou seja, “a racionalidade da argumentação e da interpretação final”. Daí, surge também a necessidade de se operacionalizar a importância dos princípios no ambiente dogmático, no sentido de se afastar, sobretudo no âmbito do direito constitucional e em especial nos casos difíceis, a simplória aplicação normativo-reducionista e silogística dos textos legais.

Os sinais dos novos tempos vislumbram – pela ótica do pós-positivismo, uma verdadeira reação contra os padrões normativos então sedimentados pela teoria jurídica clássica, onde a “seca” e “fria” razão mecânica da norma escrita desconsiderava a argumentação e a fundamentação necessárias nas decisões judiciais, negando, dentre outras, o substrato do argumento moral do direito. Em outras palavras, este novo paradigma prega um moderno procedimento interpretativo de produção das decisões judiciais, onde se leva em consideração dados dogmáticos como o próprio texto legislativo e dados reais, naturais e sociais presentes nos casos concretos.

Como lógica deste raciocínio, sedimenta-se a normatividade dos princípios constitucionais, operada pela nova hermenêutica que se utiliza de diversos padrões constitucionais complexos e indispensáveis, surgidos quando admitimos a existência de uma sociedade igualmente complexa e farta de valores.

Como base desse raciocínio, ressaltamos *Humberto Bergmann Ávila*, que leciona, baseado em suas teorias acerca da sistemática principiológica, o dever de concentração primeiramente no entendimento de que os princípios não de ser investigados sobre duas maneiras: de uma primeira, num sentido “apologético”, ou seja, elevando-os como verdadeiros alicerces ou pilares do ordenamento jurídico, proclamando sua importância estruturante e programática, sem, contudo, afirmar que sua simples figuração no universo jurídico indique, de antemão, a concentração final e normativa de seus mandamentos, ou seja, quais os cometimentos imprescindíveis à sua concreção e qual o aparato de justificação e aplicação dos mesmos. Numa segunda, devemos entender os princípios como “normas de direito”, consistente na análise consecutiva e insistente de sua estrutura e o modo de aplicabilidade racional dos princípios, enquanto modelos normativos eminentemente argumentativos.¹⁵

Os avanços mais significativos advieram da hermenêutica constitucional contemporaneamente erguida, mas o estatuto epistemológico dos princípios jurídicos ainda se encontra em gestão, apesar dos recentes esforços da doutrina na depuração teórico-dogmática do princípio jurídico, havendo, portanto, muito a se produzir, discutir e densificar. Não obstante grande parte da doutrina permanecer perfilhada nas temáticas principiológicas até então defendidas, sobretudo no que

¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

se referem às lições de *Dworkin* e *Alexy*, observa-se criativos trabalhos no sentido de se romper com um certo discurso repetitivo do tão propalado “estágio principiológico” do qual insistimos permanecer.¹⁶

Importante lembrarmos que *Ávila* não se alinha geometricamente ao pensamento dworkiano nos limites de sua obra. Este último, de grande renome internacional, elevou a discussão entre valores morais e princípios de forma ampla, trazendo-a para o interior da Teoria do Direito, tanto nos círculos dos estudiosos e defensores do positivismo, como nas circunscrições dos não positivistas, de modo que, num momento posterior, se assentou no universo filosófico e dogmático um debate bastante rico sobre como se operacionalizar o uso destes princípios até então elevados a meros supressores de lacunas legislativas, tudo isso no sentido de evitar seu uso irracional-discrecional, manipulado ou ideológico. Para esse debate dogmático, *Ávila* concentrou seus esforços na racionalidade desta argumentação, ou seja, numa maneira de se inserir certa lógica no uso destas espécies normativas, cuja contribuição é de notória relevância aqui no Brasil.

Destarte, importante analisar esta etapa do desenvolvimento da atual teoria dos princípios, especialmente no que toca à discussão acerca da distinção entre os mesmos e as regras, num sentido voltado à argumentação, à razoabilidade e à proporcionalidade. Ainda que se busque certa lógica na aplicação dos princípios, desafia-se também a obrigação de uma necessária atenção à legalidade. Assim, procuraremos nos embasar nas críticas do Professor *Humberto Ávila*, quando chama a atenção para o problema da falta de um procedimento lógico de aplicação de normas que deve coexistir com outras razões de ordem moral. Nesse sentido :

Os estudos de direito público, especialmente de direito constitucional, lograram avanços significativos no que se refere à interpretação e à aplicação das normas constitucionais. Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, serve de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou de chamar de *Estado Principiológico*. Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. Trata-se, em especial e

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23.

paradoxalmente, da efetividade de elementos chamados de fundamentais – os princípios jurídicos.¹⁷

Assim, diante de um novo paradigma investigativo do tema, *Ávila* se concentra numa “dimensão mais finalística” dos princípios, ou seja, sem desprezar toda a sua teorização que o sedimentou como indispensável no enriquecimento das decisões judiciais – lembramos mais uma vez de *Dworkin* - o ponto crucial a ser estudado no momento passa a ser a forma de aplicação e os critérios interpretativos que hão de ser cumpridos sob pena de se incorrer em equívocos seculares ainda presentes dentro do nosso cotidiano. Nesse sentido, afirma, em linhas gerais, que os princípios “são normas primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.¹⁸

3.1

O pós-positivismo jurídico e sua contribuição para a normatividade dos princípios.

Como tese principal do Pós-positivismo, nota-se a necessidade da argumentação, que decorre, não da objetividade ou do automaticismo silogístico daquilo que está sendo discutido, mas sim de uma fundamentação legítima de acordo com uma lógica que lhe é peculiar. Assim, o Direito não deve ser considerado somente força bruta; ele desafia aceitação, convencimento (recuperação da importância da retórica e do debate) por parte daqueles que estão de qualquer maneira envolvidos com estas normas. Ele não é só imposto, requer, portanto, legitimidade. Desse pensamento, contudo, se enquadra a sistemática principiológica objeto direto do nosso estudo.

Apesar de inquestionável a importância do papel desempenhado pelos princípios dentro do ordenamento jurídico, há muito se discute acerca de sua natureza. Nos dias atuais, diante da crescente complexidade das relações jurídicas que conduzem a demandas de difícil solução (*casos difíceis – hard cases*), os

¹⁷ Em suas *Considerações Introdutórias* da obra *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009.

¹⁸ *ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.56.

princípios têm função de grande relevo, com destaque na teoria dos direitos fundamentais, que terminam sendo examinadas no exercício da jurisdição constitucional, cuja interpretação depende de elementos de subsunção inexistente em prescrições normativas automaticistas de âmbito reduzido, as quais poderiam ser qualificadas como regras jurídicas.

Os princípios, portanto, desempenham um papel fundamental na argumentação de sustentação das decisões judiciais. Como salienta *Ruy Samuel Espíndola*, “os princípios possuem o caráter mesmo de norma jurídica, tais como, positividade, vinculatividade, caráter obrigatório, comportando, ainda, eficácia positiva e negativa sobre comportamentos e contribuindo para a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas”.¹⁹

Tais espécies normativas podem ser focalizadas como a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas de onde as demais noções partem, se reconduzem ou a ela se subordinam, não explicitando uma ordem, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem.²⁰

Todo o sistema jurídico é formado por regras e princípios, conquanto não se possa crer na existência de um ordenamento composto exclusivamente por regras de direta aplicação.²¹

No que toca aos chamados “Princípios Gerais do Direito”, estes ainda representam certa crença em valores ínsitos da ordem jurídica, limitando-se, muitas vezes ao viés axiológico do direito, indicando apenas máximas de condutas impostas ao interprete e reforçando a existência de bens e ideais absolutos dentro de uma determinada sociedade. Para alguns, e sobretudo para a velha hermenêutica, estes valores absolutos (Princípios Gerais) estariam ligados a alguns dos ramos dogmáticos do direito, permitindo, tão somente, a colmatação de eventuais lacunas do ordenamento legal. Todavia, a evolução do pensamento jurídico implica numa nova base compreensiva dos princípios, que os tornam efetivamente normas jurídicas (princípios jurídicos), ainda que não positivados, de

¹⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 55.

²⁰ ESSER, Josef. *Principio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosh, 1961, p. 40.

²¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação e crítica*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 78.

caráter geral ou não, comportando, dessa forma, função deontológica dentro do sistema. Nesse sentido, este novo entendimento converge para a admissão de que princípios gerais são normas como todas as outras.²²

Nesta concepção mais sofisticada de princípios jurídicos, nota-se que estes não devem apenas se limitar-se à mera função integrativa da ordem jurídica, mas sim a de guiar toda e qualquer argumentação normativa, assumindo diversas funcionalidades, tais como: 1) condensar valores, a conta de seu viés axiológico; 2) dar unidade ao sistema, enquanto elemento agregador de interpretação; e 3) condicionar e possibilitar a racionalidade da interpretação.²³

3.2

Os princípios como normas de direito.

Os princípios se referem a normas providas de um alto grau de generalidade e indeterminação, cuja posição na hierarquia nas fontes de direito é muito elevada; desempenham uma função fundamental no sistema jurídico, informando ou propondo a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos a eles submetidos.

O vocábulo “norma” é aqui utilizado posto o cunho de descrever condutas, impor cometimentos, propor a organização da estrutura operacional estatal, referenciar o disciplinamento legal. Contudo, texto e norma não devem ser confundidos. Texto é forma como é enunciado lingüisticamente o núcleo de um ideário normativo. Já as normas, são aquilo que se produz disso tudo. Como esclarece *Ávila*:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem nos objetos da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido em que sempre que houver um dispositivo haverá uma

²² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p.160.

²³ TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional*. In: LEITE, George Salomão (org.) *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiologicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-51. – p. 40 e ss.

norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.²⁴

Mais importante ainda é que a norma jurídica – a que se refere *Ávila* – emerge da conjugação entre a sua programação de variantes semiológicas e dos dados concretos que se propõe elucidar, não se encontrando, portanto, enraizada apenas no referencial legislativo que se traduz em comando legal. Já a regra jurídica (comando legal) é o dispositivo expresso, caracterizado pela descrição de uma situação fática hipotética, que também exprime consequência jurídica condicionada à ocorrência ou não da hipótese pré-estabelecida.²⁵

Como é notório, distinguem-se regras e princípios. Estes últimos constituem a expressão dos valores fundamentais do ordenamento que informa as demais normas (diferenciação material) e com respeito à forma de apresentação (diferenciação formal), como conseqüente densidade semântico-normativa, de acordo com o alto grau de “abstração” ou “generalidade” ao qual adere o princípio, em detrimento da “especificidade” em relação ao caso concreto em que flexiona a regra. O princípio, junto à regra jurídica, possui certamente maior capacidade de conferir informações para a aplicação da nova norma que será construída.

A dissociação das espécies normativas tem ênfase nas investigações acerca da estrutura dos princípios que pretendemos pormenorizar, encontrando-se em plena exploração doutrinária, em que destacam, como já dito, os estudos de *Alexy* e *Dworkin*. Portanto, os princípios fornecem um maior substrato de informações para a decantação da norma em sua aplicação, invocando, assim, um valor genérico, polivalente e multifacetado.

Para a implementação da relevância efetiva que desejamos aos princípios jurídicos, é importante a análise da obrigação jurídica que o caso desafia e os aspectos voltados à finalidade do que se pretende, sendo que, para isso, devemos, conjugando o esquema de *Ávila*, adotar dois pontos de vista distintos, quais sejam: dar aos princípios o mesmo tratamento dado às regras, destacando sua obrigatoriedade como norma de direito, conquanto se chegue a conclusão que este ou aquele princípio não atende ao caso em demanda, e, portanto deve ser afastado

²⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, p.30.

²⁵ SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, política e justiça na contemporaneidade*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 10.

momentaneamente. Noutra ponto, devemos focalizar a necessidade e a finalidade do que se pretende atingir com o princípio apreciado. Significa dizer que os “custos” da colmatação de um determinado princípio deve realmente ser menor do que o benefício pretendido. Assim, poderíamos concluir que o interprete tem o dever de buscar o direito além das regras que o vinculam.

A escolha destes pontos de vista supramencionados é relevante por existir uma diferença fundamental entre aceitar a norma como obrigatória, acreditando que esta se justificaria em si mesma, ou aceitar sim a norma, mas ponderá-la com as situações concretas e demais valores adjacentes e relevantes, avaliando meios e fins para a produção final de uma norma particular e especial (norma individual do caso concreto), que, em regra, trata-se do dispositivo de uma decisão judicial.

3.3

O sistema interativo de regras e princípios - discutindo a estrutura lógico-argumentativa das normas jurídicas.

Como é cediço, no tange a conceituação dos princípios, tem-se que os mesmos apresentam critérios diferenciadores das regras, tanto de caráter material, quanto formal. Quanto a este último, observa-se que a regra detém um campo de abrangência delimitado comparando-se aos princípios. Se uma regra vai de encontro à outra, de mesmo grau hierárquico, dispondo sobre a mesma situação, de maneira diversa, uma delas não poderá ser válida e assim afastada do corpo decisório. Nestes casos, deverá a demanda ser resolvida a partir de critérios previstos no próprio ordenamento, tratando-se, pois, de antinomia jurídica – conflito de regras.²⁶

Já quanto ao caráter material, a distinção ocorre pela acentuada natureza normogénica e maior aproximação da idéia de “Direito” e de “fundamentalidade” que possuem os princípios. É atribuída a estes a função interpretativa e integrativa, com a tarefa de classificar as leis de teor obscuro ou de preenchimento das lacunas existentes, como uma orientação geral e abstrata que vincula a compreensão da norma. Caso haja incompatibilidade de princípios,

²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da isonomia, princípio da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. Nomos* [Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC]. Fortaleza, v. 13-14, n. 1-2, jan-dez. 1994-1995, p.18.

ambos continuarão válidos, ponderando-se a funcionalidade dos valores contrapostos. Ou, no dizer de *Alexy*:²⁷

(...) pode-se dizer que sempre um princípio é, em última análise, uma razão básica para um juízo concreto de dever ser, este princípio é uma razão para uma regra que representa uma razão definitiva para este juízo concreto de dever ser. Os princípios mesmos não são nunca razões definitivas.

Além da função normativa, os princípios também têm funções interpretativas e integrativas. A partir da interpretação ou da argumentação, os princípios informam as normas jurídicas concretas, podendo o juiz desatendê-las quando violar um princípio que se considere mais importante.

As regras jurídicas não possuem maior ou menor peso no sistema normativo (ao contrário dos princípios, que por sua vez detém a dimensão da importância). Ocorre a exceção quando determinada regra cuidar de normatizações especiais, for mais recente ou pertencer a nível hierárquico superior.

Os princípios constitucionais, além de possuírem essa função fundamentadora, possuem também função de disposição efetiva ao caso concreto, constituindo a síntese dos valores principais de uma sociedade e como consequência de sua ordem jurídica.²⁸

A doutrina e a jurisprudência resistem em reconhecer a importância dos princípios não escritos de um determinado ordenamento, não obstante sua reconhecida força normativa. Contudo, os mesmos estão presentes e possuem máxima importância – explícitos ou não – nos mais variados sistemas jurídicos.

Os princípios podem apresentar-se explícitos, com maior nitidez e segurança, inseridos fisicamente no ordenamento. Entretanto, não necessitam apresentar-se dessa forma, podendo derivar dos costumes, de decisões jurisprudenciais específicas ou decorrentes de outros núcleos irradiadores - portanto, implícitos, retirados pelo intérprete com base no sistema. Mas, tanto

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica* – A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2002, p. 103.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Princípios constitucionais brasileiros*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: n. 1, 1993, pp. 168-185.

explícitos quanto implícitos, exercem idêntica importância sistemática e axiológica.²⁹

Atualmente, não podemos deixar de observar a importância do reconhecimento da normatividade dos princípios dentro de uma nova e emergente teoria jurídica, alinhada à nova hermenêutica constitucional, tudo por sua relevância como base teórica e papel “fecundador” de todo o sistema, resultando na importância de se estabelecer uma moderna conceituação dos princípios, sejam eles ocultos ou não. No nosso entendimento, por tudo até aqui já exposto, o enfoque deve recair, dentre outros: 1) na admissão de todo e qualquer princípio jurídico como norma de direito, em razão de toda carga teórico-argumentativa exposta alhures; 2) na análise inicial e ampla de suas cargas axiológicas e sociais, valendo, assim, tanto para os princípios quanto para as regras; 3) na reformulação das peculiaridades das diversas espécies normativas quanto as suas estruturas lógicas, no sentido de se operar de forma precisa o alcance de cada uma delas; 4) no sopesamento de todas e quaisquer razões adjacentes à norma em análise, e 5) na concentração final de seus conteúdos, com vistas a melhor racionalidade argumentativa necessárias a efetividade da decisão que se pretende tomar.

Ora, o Direito, hodiernamente, não pode ser concluído exclusivamente como ciência imediata de disposições expressas, mas sim como também possuidor de conteúdo virtual de normas não expressas, porém ínsitas no sistema.³⁰ São, assim, explícitos, os princípios inseridos fisicamente no ordenamento jurídico, e implícitos, os retirados pelo interprete com base no espírito do sistema.³¹

De posse de todo o exposto, podemos concluir que vivemos uma preocupação com os rumos da principiologia, embora esse estudo acerca dos princípios se mostre exaustivamente teorizado. O mesmo se encontra ainda sem limites definidos no que tange a sua aplicabilidade, considerando-se, assim, que os limites atuais não permitem uma compreensão clara e precisa do seu papel e de sua metodologia. Mais do que compreender os princípios, devemos estudá-los primeiramente pelo foco da pré-compreensão de seus conteúdos particulares e, num segundo momento, voltar as atenções para a metodologia de aplicação final.

²⁹ CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 8-9.

³⁰ PERRINI, Raquel Fernandes. *Os princípios constitucionais implícitos*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, n. 17, 113-169, out-dez. 1996, p. 131.

³¹ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 17

Dessa forma, acreditamos poder atingir um resultado desejável traduzindo finalmente a atividade destas normas, portanto, as suas normatividades.

Para tanto, devemos repensar o modelo teórico atual, utilizando-se de um melhor grau conceitual para este universo de conhecimentos acerca da aplicabilidade das normas jurídicas.

Não há como negar que para se confirmar normatividade a uma ou a outra espécie normativa, devemos, antes de uma atividade interpretativa finalística, rever e repensar os critérios distintivos de conflitos existentes entre elas, tudo num sentido de se precisar o comando a ser utilizado e definir o conteúdo que deve ser finalmente obedecido. Nesse sentido, *Humberto Ávila* ressalta a precariedade dos critérios convencionais de distinção entre regras e princípios, apontando os modos tradicionais de diferenciação bem como os problemas que os envolvem. Dentre eles, os critérios do “caráter hipotético-condicional”; do “modo final de aplicação”; do “conflito normativo” como elemento de distinção e o da “fundamentação axiológica”, critério último este de fundamental importância quando se aprofunda no conhecimento da interpretação de normas jurídicas. Já antecipando este último ponto, seu estudo privilegia o exame da estrutura lógica dos princípios, suas aplicabilidades e fundamentação. Seu objetivo é considerar os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para as decisões a serem tomadas³².

Não obstante merecedores de respeitáveis considerações, há que se considerar críticas - assevera o autor ao final do mesmo raciocínio acima anotado -, no sentido de que todos esses critérios de distinção, conquanto imprecisos, são importantes, vez que apontam para qualidades dignas de serem examinadas pela Ciência do Direito.

Para *Ávila*³³, o que se conhece pelo critério do caráter hipotético-condicional³⁴ consiste na verificação de que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a

³² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, p. 39.

³³ *Ibid*, p. 40.

³⁴ Trata-se da aplicação baseada na premissa do “se”, e “então”. Como exemplo, “se” (matar alguém), “então” (pena de 06 a 20 anos de prisão – Código Penal brasileiro, artigo 121).

norma para o caso concreto. Contudo, segundo o autor, tal critério é impreciso e merecedor de crítica, pois, como ele mesmo diz:

Com efeito, embora seja correta a afirmação de que os princípios indicam um primeiro passo direcionador de outros passos para obtenção ulterior da regra, essa distinção não fornece fundamentos que indiquem o que significa dar um *primeiro passo* para encontrar a regra. Assim enunciado, esse critério de distinção ainda contribui para que o aplicador compreenda a regra como, desde já, o *último passo* para a descoberta de um conteúdo normativo. Isso, no entanto, não é verdadeiro, na medida em que o conteúdo normativo de qualquer norma – quer regra, quer princípio – depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação. Assim, o *último passo* não é dado pelo dispositivo nem pelo significado preliminar da norma, mas pela decisão interpretativa...³⁵

Não se pode afirmar, portanto, que os princípios, em detrimento das regras, são desprovidos de conseqüências normativas e de hipóteses de incidências, bem como não é correto pensar que a regra seria o último passo para a descoberta do conteúdo normativo. Os princípios possuem conseqüências normativas e podem apresentar as espécies de comportamentos a serem adotadas, especialmente por meio da análise de casos paradigmáticos, devendo-se observar em cada situação normativa a razão à qual o princípio se refere com relevância diante do caso concreto e o comportamento necessário para a realização ou preservação de determinado estado ideal de coisas.

A regra não seria, portanto, um “último passo” para a descoberta do conteúdo normativo. Ora, lembra *Ávila*, a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística, não podendo tratar-se de elemento distintivo de espécie normativa. Não obstante determinada norma ostentar hipótese e conseqüência típicas de um dispositivo, ainda assim poderá esta ser considerada como princípio pelo interprete. Nessa mesma linha de raciocínio, não seria correto afirmar que um dispositivo constitucional “contém” ou “é” um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. Assim, entende-se que o “qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética”.³⁶

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Op.cit.*, pp. 40-41.

³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 32-36.

Mais precisamente, conclui *Ávila*:³⁷

Enfim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética.

Além disso, não é correto afirmar que os princípios, ao contrário das regras, não possuem nem conseqüências normativas, nem hipóteses de incidência. Os princípios também possuem conseqüências normativas. De um lado, a razão (fim, tarefa) à qual o princípio se refere deve ser julgada relevante diante do caso concreto. De outro, o comportamento necessário para a realização ou preservação de determinado estado ideal de coisas (*Idealzustand*) deve ser adotado. Os deveres de atribuir relevância ao fim a ser buscado e de adoção de comportamentos necessários à realização do fim são conseqüências normativas importantíssimas. Ademais, apesar de os princípios não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstrato, indicar as espécies de comportamentos a serem adotados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes.

O ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamentos e de conseqüências no caso dos princípios, mas o tipo de prescrição de comportamentos e de conseqüências, o que é algo diverso.

Continuando no raciocínio do autor, pode-se então afirmar que os princípios, ainda que desprovidos de hipóteses de incidência e conseqüências dessas hipóteses imediatamente visualizáveis, possuem sim conseqüências jurídicas de ordem normativa, conquanto não ostentem caráter fortemente descritivo de determinado comportamento, pois, pela atividade interpretativa de concentração do intérprete, deve-se caminhar por uma análise pragmática com fins a um comportamento a que se quer buscar. Assim, há que ser observada cada situação normativa, no sentido de se verificar a razão final a que o princípio se refere (fim, tarefa); e o comportamento necessário para a realização ou preservação daquilo que *Ávila* chamou de “estado ideal de coisas” que se pretende alcançar.

Fazendo considerações quanto ao “modo final de aplicação” – outro critério distintivo defendido com fartura na doutrina -, os princípios seriam aplicados de maneira gradual (ponderação – mais ou menos), ao passo que as regras devem aplicadas de modo absoluto (tudo ou nada); estas últimas cujas premissas “são” ou “não são” diretamente preenchidas e que não podem e não devem ser ponderadas, sob pena de se incorrer em atos que feririam diretamente a legalidade e a segurança jurídica.

³⁷ Ibid, p. 43.

A crítica aqui recai no seguinte sentido: o modo de aplicação das espécies normativas não está determinado pelo texto normativo. Tratando-se de regra aplicável ao caso concreto, é possível que as mesmas sejam executadas ou ponderadas face às outras regras ou princípios, mediante condizente fundamentação.

No dizer de *Humberto Ávila*, passando por *Klaus Günther*:³⁸

Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras “possuem” um modo absoluto “tudo ou nada” de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados.

Destarte, não é adequado afirmar que as regras podem ser classificadas como espécies normativas de aplicação rígida, podendo envolver as circunstâncias específicas de um determinado caso concreto. É possível o exame da razão que fundamenta a própria regra para a individualização da hipótese ou a utilização de outras razões (baseadas em outras normas) para justificar o cumprimento ou o descumprimento daquela regra. Assim, assevera *Ávila*:³⁹

Inicialmente, é preciso demonstrar que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Com efeito, muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. É só conferir alguns exemplos de normas que preliminarmente indicam um modo absoluto de aplicação mas que, com a consideração de todas as circunstâncias, terminam por exigir um processo complexo de ponderação de razões e contra-razões.

Melhor não poderia ser o exemplo citado pelo próprio autor em sua obra *Teoria dos Princípios*⁴⁰ referente ao caso em que o STF concedeu *habeas corpus* e, posteriormente, absolveu paciente acusado pela prática de estupro com presunção de violência (arts. 213 e 214 do Código Penal), quando provado o fato

³⁸ GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, p.270 - *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, p. 47.

³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, pp. 44-45.

⁴⁰ *Ibid*, p. 45.

de ter o mesmo mantido relações sexuais com uma adolescente de 12 anos de idade. O artigo 224, “a” do Código Penal prevê a presunção incondicional da conjunção carnal violenta cometida contra menor de 14 anos (violência por parte do agente do delito, sem qualquer exceção). No entanto, a decisão do STF reputou de grande relevância algumas circunstâncias particulares não previstas pela norma, tais como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, por conseguinte influenciadoras do discernimento e conduta do agente, firmando-se o entendimento de que o tipo não se configurava na hipótese entelada, apesar dos requisitos normativos expressos estarem patenteados.

O método do modo de aplicação, portanto, que parte de uma verificação incondicional pela primazia de uma subsunção de critérios; deve ser admitido de maneira cautelosa, porém ampla e aberta. Nesse sentido, afirma *Ávila*⁴¹, que as regras também possuem vagueza de determinação, não obstante o “tudo” ou “nada” que lhes foram impostos teoricamente, à conta de se apresentarem por meio de enunciados prescritivos como todo e qualquer conteúdo normativo. Assim, a suposta característica distintiva das regras em comento (implementação de consequência predeterminada) somente poderá surgir após a interpretação, ou seja, após amplo conhecimento de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas que aderem ao caso concreto. Assim, *Ávila* quer deixar entender que “após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam”.⁴²

Regras e princípios se aproximam portanto. O grau de abstração é critério distintivo entre regras e princípios, de forma que os princípios são mais abstratos por inexistir vinculação a uma situação específica, ao passo que as regras são aplicadas à controvérsia que as enseja, apesar de necessitarem posterior ratificação de adequação por parte do intérprete. Quanto a isso, não se tem dúvidas.

Humberto Ávila aponta que à medida que os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido – sem significar imediata direção fático-hipotética -, pressupõe-se um acerto prévio de um determinado fim colimado, que se traduz nas próprias razões potencialmente capazes de lhes conferir substancialidade. É desse pensamento que conclui o autor no sentido de que “o

⁴¹ Ibid, pp. 39-40.

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, p. 40.

fim, independe da autoridade, funciona como razão substancial para adotar os comportamentos necessários à sua promoção”.⁴³

Desta feita, ainda segundo *Ávila*, os princípios são espécies normativas capazes de gerar, no que toca a argumentação e a aplicação, “razões substanciais ou razões finalísticas”.⁴⁴ Significa dizer que o que importa em última análise é a finalidade e as razões comportadas pelo princípio, conteúdos estes que dão lastro à solução jurídica desejada.

Já as regras, ao contrário, podem ser definidas como espécies normativas que geram “razões de correção” ou “razões autoritativas”. No supramencionado exemplo do caso do estupro por presunção, a violência sexual só deixa de ser presumida se houver motivos extravagantes e justificáveis, como a aquiescência da vítima e a aparência física e mental de pessoa mais velha.⁴⁵

O critério do “conflito normativo” é distintivo geral posto a análise crítica de grande parte da doutrina (também chamado de “critério do relacionamento normativo”). Para alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo modo como funcionam em casos de conflitos normativos. Cada princípio possui diferente peso para aplicação ao caso concreto, de modo que um poderia preterir a aplicação de outro. Contudo, os mesmos não se excluem; coexistem e esse conflito se daria no plano concreto. Em caso contrário, no da constatação de antinomias entre regras, haveria a declaração de invalidade de uma ou a criação de uma exceção. Estes casos de conflitos de regras entende-se ocorrer no plano ainda abstrato, ou seja, independentemente de qualquer análise da situação fática, bastando, portanto, a normativa.

Ressalta *Ávila* em análise crítica:

A análise do modo de *conflito normativo* também se constitui em um passo decisivo no aprimoramento do estudo das espécies normativas. Apesar disso, é preciso aperfeiçoá-lo. Isso porque não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios *possuem* uma dimensão de peso.

Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing, Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como

⁴³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 39-40.

⁴⁴ *Ibid*, pp. 40-41.

⁴⁵ *Ibid*, p. 41.

automática (no caso de regras, consoante o critério aqui investigado), como se comprova mediante a análise de alguns exemplos.⁴⁶

As regras, portanto, também estão sujeitas a análise do intérprete, de forma a serem balanceadas as razões que justifiquem ou contrariem a utilização do dispositivo diante da hipótese ocorrida. Destarte, a ponderação não é método exclusivo de aplicação dos princípios.

A solução para o conflito normativo entre regras está no plano de aplicação, utilizando-se de uma ponderação entre as finalidades que estão em jogo.

Ávila cita o seguinte exemplo: “uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deva dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece o dever do médico utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente”.⁴⁷ Ora, pondera o autor, a revelação precisa da situação clínica do paciente poderia agravar o seu estado psicológico e emocional, tendo como conseqüência o agravamento do seu quadro geral de saúde, privilegiando, assim, o dever de verdade determinado pelo estatuto médico; noutro aspecto, certa omissão deste mesmo médico acerca da extensão da doença poderia poupar seu paciente de indesejáveis informações e, nestes casos, prolongar a sua vida dentro de níveis aceitáveis, privilegiando certamente o dever de utilização de todos os meios para obtenção de saúde e vida também previstos no referido código.

Neste exemplo, fica claro que não é o caso de declaração de invalidade de algumas das regras, mas de verificação sobre a possibilidade de equilibrar as razões fundantes das mesmas com o cunho de aplicar a que deverá prevalecer. A dimensão de peso é atribuída ao aplicador e ao caso, não à norma, dependerá, portanto, de uma ponderação entre as finalidades que se encontram no plano de análise do intérprete.

Sendo assim, lembramos que o conflito ocorrido entre as regras deste exemplo ocorreu no plano abstrato, ou seja, antes mesmo de se conhecer a situação hipotética entre o médico, o paciente e o potencial de sua doença; já existia, portanto, o conflito normativo dentro do Código de Ética Médica.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, p. 52.

⁴⁷ *Ibid*, p. 53.

Contudo, a solução pelo balanceamento e o sopesamento de razões ocorre - tal como se percebe nos princípios - no plano concreto, no momento da análise.

Em outras palavras, esclarece *Ávila*:

Todas essas considerações demonstram que a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras são carecedores de ponderação (*abwägungsbedürftig*). A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas com mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso.

(...)

A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem os sentidos das regras em função dos valores e fins que elas visam a resguardar. As interpretações, extensiva e restritiva, são exemplos disso.⁴⁸

Humberto Ávila ressalta alguns fundamentos dissociativos próprios nas ocasiões onde há conflito normativo, definido quatro espécies de dissociação que merecem análise, sobretudo para uma melhor compreensão futura sobre os postulados normativos proposto por ele mesmo. Seriam elas a “dissociação justificante”, a “dissociação abstrata”, a “dissociação heurística” e a “dissociação em alternativas inclusivas”, dando-se ênfase às duas últimas. Em outras palavras, pretende promover o esclarecimento dos critérios existentes para que o interprete possa operar sua escolha, ou seja, dissociar as normas em contraposição no momento da sua atividade interpretativa e diante de uma gama de substrato fático ou axiológico. Vale lembrar que *Ávila* chama a atenção no sentido de que essa dissociação deve ocorrer levando-se em consideração tão somente a parte estrutural destas normas, ou seja, a escolha deve recair na análise da finalidade e efetividade de determinado comando, onde se assenta a racionalidade de fundamentação necessários à realização dos valores por eles protegidos; e não na parte onde se irradia seu o caráter de importância como alicerces central do ordenamento (o seu viés apologético).⁴⁹

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, pp. 58-59.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, p. 64 e ss.

Como ele mesmo esclarece, “a questão crucial deixa de ser a verificação dos valores em jogo, para se constituir na legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente esses mesmos valores”.⁵⁰

A “dissociação justificante” é aquela em que o interprete desassocia normas em conflito apenas justificando a sua escolha por este ou por aquele valor referenciado pela norma enquanto envolvidas na ponderação. Trata-se de avaliação eminentemente subjetiva ou simplesmente uma questão de “gosto individual”. De posse dessa técnica, ao interprete é dado escolher entre esse ou aquele valor e, por consequência, entre esta ou aquela espécie normativa. Tudo porque alguns sujeitos (os interpretes) aceitam um determinado valor que outros rejeitam, ou que os tem como prioritário enquanto outros como supérfluos.⁵¹

Quanto à “dissociação abstrata”, esta tem por finalidade “antecipar” as características das espécies normativas – no sentido de se estaríamos diante de regras ou princípios -, de modo que o interprete ou o aplicador, diante delas, possa ter facilitado o seu processo e atividade de interpretação e aplicação do Direito. Não somente isso, a referida distinção também busca “aliviar” esta atividade, estruturando o ônus da interpretação do aplicador na medida em que certa qualificação das espécies normativas permite minorar – sem eliminar – a necessidade de fundamentação, ao menos indicando o que deve ser justificado.⁵²

Na “dissociação heurística”, a distinção entre regras e princípios funciona, tal como leciona *Ávila*, como um “modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos”.⁵³ Para isso, lembra ainda que esse critério toma em consideração que as normas são construídas pelo interprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual.

Este critério é de fundamental importância, sobretudo por um dever de respeito “legal” e “social”. A uma, porque antes da decisão, é necessário e saudável buscar uma fundamentação dissociativa na própria teleologia da norma de um modo geral; norma esta que adveio de um processo legislativo. Não

⁵⁰ Ibid., p. 65.

⁵¹ Ibid, p. 64.

⁵² Ibid, p. 65.

⁵³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60.

obstante a constante mutação da sociedade, é estritamente necessária a observância, ainda que analítica, das razões legislativas de determinada norma. A duas, porque não somente devemos obediência às leis, mas sempre de olhos postos na sociedade, que é, em última instância, quem confere legitimidade a determinado conteúdo.

A “dissociação em alternativas inclusivas” sugere que a bipartição das espécies normativas em regras e princípios não exaure a racionalidade de argumentação e aplicação destas mesmas normas, posto que admite a coexistência delas dentro de um mesmo processo interpretativo.⁵⁴ Assim, para além da mera dicotomização das normas jurídicas entre regras e princípios, este marco argumentativo inegavelmente conduz para o reconhecimento e a adoção de “metanormas”, ou seja, normas de segundo grau, ou como registra o autor, simplesmente denominados “postulados normativos aplicativos”. Qual será a terminologia – finaliza *Ávila* - pouco importará, sendo que o mais relevante é a análise, a fundamentação e a operacionalização deste fenômeno.⁵⁵

3.4

Os postulados normativos como ferramenta de condução às finalidades principiológicas.

Humberto Ávila ressalta a importância e a existência dos acima mencionados postulados normativos aplicativos, como sendo normas de segundo grau, advertindo para a necessidade de assim entendermos como normas articuladoras de regras e princípios, cujo funcionamento difere dessas espécies normativas consideradas de primeiro grau. Isto é, seriam uma espécie de “ferramenta jurídica” para o exercício de aplicação e concentração das demais espécies normativas. Melhor dizendo, em suas próprias palavras:

Até aqui este trabalho dedicou-se à investigação de princípios que, como tais, estabelecem fins a serem buscados. A partir de agora não será mais examinado o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado. Superou-se o âmbito das normas para adentrar o terreno das metanormas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. Só elípticamente é que se pode afirmar que são violados os

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid, p. 90

postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas.⁵⁶

E quanto à efetividade destas, prossegue ensinando:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao interprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.⁵⁷

Segundo as idéias do autor, e levando em consideração todo o arcabouço teórico por ele até então explanado, postulados normativos são tratados como normas estruturantes capazes de organizar tanto a aplicação das regras como a dos princípios. Resumindo o entendimento de *Ávila*, mister que se delimite três premissas básicas ou três modos de aplicabilidades distintos onde se enquadrariam ou se sujeitariam as espécies normativas: 1) a “regra”, é espécie normativa que especifica um comportamento imediato, determinado pela sua própria estrutura - grosso modo; 2) o “princípio”, se revela como um fim adequado à situação jurídica cujo próprio valor indica; e 3) o “postulado normativo” se traduz num método para a aplicação de todas as espécies normativas com vistas a uma “prospecção”, ou seja, voltado a uma finalidade específica de busca a um resultado planejado.

De posse dessa idéia de diferenciação entre normas de primeiro e segundo graus – no que se referem as três premissas acima mencionadas -, vale a pena registrar como *Ávila* define precisamente estas espécies de comando. Senão vejamos suas próprias conclusões acerca dos seus conceitos finais.⁵⁸

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, p. 134.

⁵⁷ *Ibid*, p. 122.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, pp. 180-181.

4.2 As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

4.3 Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

4.7 Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relação entre elementos com base em critérios.

A noção de postulados normativos insere dentro do estudo acerca da teoria dos princípios conclui-se inegável avanço no que tange a conceituação desta espécie normativa. Ocorre que na fundamentação dos postulados ressalta-se a questão da aplicação do princípio da proporcionalidade, ou como concentra *Guerra Filho*,⁵⁹ do “princípios dos princípios”, vez que permite a ponderação de princípios em antagonismo diante de uma determinada situação concreta.

Ocorre que na visão de *Ávila*, o chamado princípio da proporcionalidade não se traduz efetivamente num princípio, mas sim num postulado normativo aplicativo. Na sua efetivação, portanto, deve-se obedecer ao dever de proporcionalidade, que indica qual norma deverá prevalecer diante de certo conflito, independentemente de a situação concreta conter ou não violação do conteúdo que representa a noção de proporcionalidade.

Cita-se também como exemplo o caso em que o STF decidiu que não se pode, por pretensão de terceiro, constranger o pai presumido ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA, já que “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria”⁶⁰ Nestes casos, ressalta *Ávila*, “não é a *proporcionalidade* que foi violada, mas o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua inter-relação horizontal com os princípios da

⁵⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da isonomia, princípio da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. Nomos* [Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC]. Fortaleza, v. 13-14, n. 1-2, jan-dez. 1994-1995, p.18.

⁶⁰ *Hábeas Corpus* 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJU 15/05/1998, p. 44.

autodeterminação da personalidade e da universalidade da jurisdição, que deixaram de ser aplicados adequadamente”.⁶¹

Mas surge um problema - que não vem diretamente ao encontro deste estudo, mas que merece citação. Ora, quais seriam os postulados adequados a serem utilizados para a concentração do Direito por via interpretativa?

A solução, segundo *Ávila*, consiste na determinação, conforme cada caso, dos elementos e critérios que serão utilizados, sendo que para isso optou em dividir, tais postulados, em duas espécies a saber: a) “Postulados inespecíficos”, dos quais se protraem a “ponderação”, a “concordância prática” e a “proibição de excessos”; e b) “postulados específicos”, entendidos como a “igualdade” e a “proporcionalidade”.⁶² São, portanto, inespecíficos, quando para a sua utilização independa de análises específicas do caso concreto que se submete à interpretação. São específicos, logicamente quando desafia as especificidades peculiares do caso sob análise.

Como não se trata do nosso objeto o aprofundamento destas questões ou, melhor dizendo, no detalhamento da classificação dos desdobramentos lógicos destes postulados, apenas procuraremos conceituá-los de modo que consigamos extrair suas essências no ponto em que se toca a pré-compreensão sobre o novo modelo argumentativo e a nova hermenêutica que ilustra o Direito na atualidade.

Alguns postulados devem ser aplicados independentemente da existência de quaisquer elementos ou critérios previamente percebidos dentro do caso concreto. São os postulados inespecíficos, que informam uma conduta prévia, abstrata e necessária ao interprete antes mesmo de qualquer atividade cognitiva. No que tange a estes, esclarece *Ávila*:

Os postulados não funcionam todos da mesma forma. Alguns postulados são aplicáveis independentemente dos elementos que serão objetos de relacionamento. Como já demonstrado, a ponderação exige sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) e não indica como deve ser feito esse sopesamento. Os elementos e os critérios não são específicos. A concordância prática funciona de modo semelhante: exige-se a harmonização entre elementos, sem dizer qual a espécie desses elementos. Os elementos a serem objeto de harmonização são indeterminados. A proibição de excesso também estabelece que a realização de um elemento não pode resultar na

⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

⁶² *Ibid.*, p. 93 e ss.

aniquilação de outro. Os elementos a serem objetos de preservação mínima não são indicados.⁶³

Quanto aos postulados específicos, que necessitam de análises factuais, exsurge o da igualdade e da proporcionalidade. Quanto ao primeiro, tem a função de estruturar a aplicação do Direito, desde que haja relação entre dois sujeitos em função de elementos submetidos a critérios de diferenciação e finalidade desta distinção. Ou seja, que haja congruência do critério em razão da finalidade daquilo que se busca. Melhor explica *Humberto Ávila*:

A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador.

(...)

Duas pessoas podem ser consideradas iguais ou diferentes segundo o *critério do sexo*: devem ser havidas como diferentes para obter licença-maternidade se somente uma delas for do sexo feminino; devem ser tratadas igualmente para votar ou pagar impostos, porque a caracterização destas finalidades é indiferente ao sexo.⁶⁴

Ainda segundo *Ávila*, o postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações.⁶⁵ Tal postulado se aplica apenas em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder a três exames fundamentais: a um, o da “adequação”, ou seja, o questionamento de se o meio seria capaz de promover o fim? A dois, o da “necessidade”, questionando se dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover determinado fim, não haveria outro meio menos gravoso ou restritivo dos direitos fundamentais afetados? E a três, o da própria “proporcionalidade em sentido estrito”, questionando, por fim, se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?⁶⁶

⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, p. 142.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 150.

⁶⁵ A idéia de proporção é recorrente na Ciência do Direito, no sentido de ter a função de se atribuir a cada um determinada proporção de algo – idéia de divisão proporcional.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, pp. 161-162.

Ora, a proporcionalidade como postulado estruturador de aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre meios e fins, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação, portanto, depende de todos esses elementos ou da resposta positiva destes questionamentos para que se facilite a sua efetividade. Nesse sentido, sem que haja um meio para se buscar algo, uma finalidade desejável e concreta e uma relação de causalidade lícita e possível entre eles, não há que se falar na aplicabilidade do postulado da proporcionalidade no seu caráter trifásico.

Como considerações finais acerca desta estrutura aplicativa e lógica das normas, segundo nosso autor, os princípios são normas finalísticas, enquanto as regras são descritivas.

Os princípios estabelecem a determinação de realização de um determinado propósito. Alteram-se perante uma situação concreta qualificada por determinadas qualidades, em que se ordenam bens jurídicos e as formas de sua preservação. É preciso enquadrá-los no estado ideal buscado para a situação fática.

As regras delimitam comportamentos que derivam de outras normas (princípios ou regras) e que poderão ser descumpridas em função da finalidade mais adequada ao caso.

A identificação da aplicabilidade normativa dos princípios em um determinado contexto normativo consiste em uma ponderação, analisando-se a proporcionalidade ou razoabilidade dos comportamentos exigidos, balanceando-se valores, meios e fins de uma situação concreta.

Há de ser considerada a existência de postulados normativos aplicativos, em sendo estas normas estruturantes de aplicação das regras e dos princípios. Atualmente, torna-se cada vez mais necessária a reformulação da idéia de norma de direito ante o discurso axiológico. Ainda que em desenvolvimento, os atuais apontamentos assinalam grande propriedade para a teoria jurídica fundamental e para a dogmática hermenêutica, especialmente se conjugados com outros importantes pensamentos a respeito do tema.

Portanto, compete ao interprete toda essa articulação acerca das normas de primeiro e segundo graus; e isso tudo somente acontece com o conhecimento sistemático de todo o Direito, na sua acepção positivada quanto doutrinária. Quanto mais conhecemos o Direito no seu universo mais amplo, mais temos a

possibilidade de operar justiça e conferir normatividade aos princípios existentes no nosso ordenamento, sejam eles escritos expressamente ou extraídos de fontes diversas advindas da interpretação.

3.5

O conhecimento sistemático do universo constitucional – concluindo pela normatividade de seus princípios.

Dentre as diversas possibilidades normativas a disposição do intérprete, o princípio da “unidade da constituição” determina que a constituição deve ser interpretada de maneira sistemática, de modo a evitar contradições entre suas normas. Não é aconselhável, portanto, interpretar um dispositivo constitucional isoladamente, mas sim levando-se em consideração todas as demais normas que compõem o universo normativo e o sistema interno da constituição. Como assevera *Canotilho*, tal princípio “obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.⁶⁷

Nesse sentido, chama a atenção para um procedimento mínimo a ser cumprido trilhando pressupostos básicos interpretativos; a saber: a) rejeição de qualquer interpretativismo extremo vinculado a premissas teóricas insustentáveis: ou seja, a interpretação como revelação da vontade de um poder constituinte histórico, identificação do texto com a norma, limitação da interpretação aos preceitos constitucionais transportadores de regras jurídicas precisas e concretas; b) rejeição do chamado “desconstrucionismo” ou “pós-estruturalismo interpretativo”, conducente a uma jurisprudência política, disfarçada na necessidade de mediação e integração dos valores presentes numa ordem constitucional; c) articulação da concepção “substantiva” de constituição com o princípio democrático: os parâmetros substantivos da constituição são concretizados político-jurídico-valorativamente pelo legislador e controlados jurídico-valorativamente pelos tribunais; d) arrimo da interpretação da constituição numa teoria constitucionalmente adequada que postula o apelo simultâneo a “valores” substantivos (igualdade, liberdade, justiça), a “valores”

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.149.

procedimentais (processo democrático, eleições), a “valores” formais (forma de lei, do contrato) – dar operacionalidade prática à concepção de constituição como “sistema normativo aberto de princípios e regras”; e) a interpretação da constituição é interpretação-concretização de uma *hard law* e não de uma *soft law*: as regras e princípios constitucionais são padrões de conduta juridicamente vinculantes e não simples diretivas práticas.⁶⁸

Tais premissas conduzem ao entendimento de que para uma boa interpretação constitucional é preciso verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte e legitimadas pela prática, a ponto de convertê-las em “princípios regentes” desse sistema de valoração. Deve-se examinar o percurso como o constituinte posicionou determinados preceitos constitucionais dentro da organização geral do Estado. Alcançada, exegeticamente essa valoração, é que teremos finalmente definidos aquilo que aceitamos como “princípios”.⁶⁹

Os princípios, nesse raciocínio, são mais do que normas dentro e para o estudo jurídico-constitucional. Servem também como vetores para soluções interpretativas, de modo que se mostra indispensável conhecer cada sistema normativo. A interpretação da norma constitucional levará em conta todo o sistema – positivado ou derivado -, dando-se ênfase, porém, para o conjunto normativo-principiológico que foi valorizado pelo constituinte e pela sociedade em última instância. Este conjunto de normas constitucionais disposto ao intérprete, necessariamente engrenado a diversos elementos oferecidos pela hermenêutica, deve ser adequado, sistematizado e inserido na realidade social, política e econômica, com vistas a uma maior efetividade do sistema jurídico. Este processo de interpretação não ocorrerá pela vontade de apenas um intérprete, mas de vários, que deverão velar para uma certa concentração interpretativa da vontade da Constituição e da efetividade que a mesma deseja.

Linares Quintana formulou sete regras que devem ser apreciadas quando do momento interpretativo das normas constitucionais. Esclarece: a) na interpretação constitucional deve sempre prevalecer o conteúdo teleológico ou finalista da Constituição, que se é instrumento de governo, também e

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.125.

⁶⁹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 12ª ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 1996. "Interpretação e aplicabilidade", pp. 22-25.

principalmente é restrição de poderes em defesa da liberdade individual; b) a Constituição deve ser interpretada com um critério amplo, liberal e prático; nunca estreito, limitado e técnico, de modo que na aplicação de suas disposições se cumpram cabalmente os fins que a orientam e informam; c) as palavras que a Constituição emprega devem ser entendidas em seu sentido geral e comum, a menos que resulte claramente de seu texto que o constituinte quis referir-se a seu sentido técnico, e em nenhum caso há de supor-se que um termo constitucional é supérfluo ou está demais, senão que sua utilização obedeceu a um desígnio preconcebido dos autores da lei suprema; d) a Constituição deve ser interpretada como um conjunto harmônico, no qual o significado de cada parte deve determinar-se em harmonia com o das partes restantes; nenhuma disposição deve ser interpretada isoladamente, e sempre deve preferir-se a interpretação que harmoniza e não a que coloque em confronto as distintas cláusulas da lei suprema; e) a Constituição, enquanto instrumento de governo permanente, cuja flexibilidade e generalidade lhe permite adaptar-se a todos os tempos e circunstâncias, deve ser interpretada tendo em conta não somente as condições e necessidades existentes ao momento de sua sanção, mas também as condições sociais, econômicas e políticas que existem ao tempo de sua interpretação e aplicação, de modo que nem sempre seja possível o cabal cumprimento dos grandes fins e propósitos que informam e orientam a lei fundamental do país; f) as exceções e os privilégios devem ser interpretados restritivamente; g) os atos públicos se presumem constitucionais enquanto, mediante uma interpretação razoável da Constituição, possam ser harmonizados com esta.⁷⁰

Afirma ainda *Canotilho* com seus ensinamentos acerca da indispensável atividade interpretativa da constituição como caminho para uma maior efetividade da jurisdição. Arrola os princípios que devem reger a atividade do intérprete constitucional, enumerando e aclarando dentre eles: o já mencionado princípio da “unidade da constituição”; o princípio do “efeito integrador”, que informa que na solução de problemas de ordem constitucional, deve se dar prioridade aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social do Estado; o princípio da “máxima efetividade”, que traduz a idéia de que a

⁷⁰ QUINTANA, Linares. *Direito constitucional*, pp. 1148-1149 *apud* LEITE, George Salomão. *Do método tópico de interpretação constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 04, nº 45, Setembro/2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=34>>. Acesso em: 08/11/2002.

uma norma constitucional deve ser atribuído um sentido que lhe dê maior eficácia; também o princípio da “justeza” ou da “conformidade funcional”, que consiste no entendimento de que o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido; o princípio da “concordância” ou da “harmonização”, que impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros; e, por fim, o princípio da “força normativa da constituição”, que assevera que na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve se dar prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental, dando-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “atualização” normativa, garantindo, ao mesmo tempo, a sua eficácia e permanência.⁷¹

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 1.148-1.151.