XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

BERNARDO GONÇALVES ALFREDO FERRNANDES

ILTON GARCIA DA COSTA

VITOR BARTOLETTI SARTORI

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Bernardo Gonçalves Alfredo Ferrnandes, Ilton Garcia Da Costa, Vitor Bartoletti Sartori – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-135-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O presente livro aborda temas que, muito embora raramente tratados em conjunto, são de grande relevância na medida em que há possibilidade de uma análise que mostre certa confluência entre os mesmos. As temáticas que permeiam as distintas teorias da justiça, da decisão e da argumentação são muitas e, certamente, é possível tratá-las, até certo ponto, separadamente. No entanto, igualmente válido é observá-las em sua unidade. Temos em conta nesses termos, que um tratamento do Direito que deixe de problematizar a própria prática jurídica (bem como sua fundamentação) é, para dizer o mínimo, insuficiente. Neste sentido, pode-se considerar bastante proveitosa a posição segundo a qual, há uma unidade inseparável entre os textos que compõem o presente livro.

Justamente ao passar por uma grande variedade de temas e de autores, tem-se algo central à teoria do Direito contemporânea: a explicitação do fato segundo o qual qualquer abordagem jurídica envolve, ao mesmo tempo, a apreensão da especificidade do Direito e o modo pelo qual esta última relaciona-se com distintas esferas da sociabilidade, como a moral, a ética, a política, dentre muitas outras, as quais, de modos diversos, são tematizadas aqui.

Para que se ressalte algo, é bom trazer à tona um aspecto que não pode ser deixado de lado: é de conhecimento de todos aqueles que leram com o mínimo de atenção a obra de Hans Kelsen que sua Teoria pura do Direito não é uma teoria do Direito puro (embora seja necessário destacar que, por vezes, falte muita atenção na pesquisa jurídica realizada no Brasil). Por conseguinte, há de se perceber que mesmo um autor normativista, como Kelsen, que não tematiza a todo o momento acerca do processo decisório e da fundamentação das decisões judiciais, não fecha a porta de modo resoluto à teorização acerca da maneira pela qual pode haver na prática jurídica, e não em uma teoria pura - uma relação necessária, por exemplo, entre o Direito e alguma posição moral, política, filosófica, etc, etc.

Ainda sobre o ponto, pode-se destacar que justamente o capítulo final da obra magna do autor abre um grande espaço para estas questões que, ao fim, aparecem quando se tem em conta a questão da interpretação, bem como de sua relação, a ser vista de um modo ou doutro, com a aplicação.

Certo é que interpretação e aplicação, a rigor, não podem ser retiradas de campo quando se aborda o Direito: tanto as codificações, quanto quaisquer espécies normativas, não dizem nada por si mesmas, não podendo haver uma fetichização do texto, como apontaram os mais diversos autores (muitos deles tratados por aqueles que contribuem para o presente volume).

Neste sentido, não pode deixar de ser interessante tratar dos temas aqui albergados em conjunto (mesmo que eles possam, como mencionamos, ser vistos separadamente também), sendo de bastante relevo para aqueles interessados na teoria do Direito e nas áreas a ela relacionadas a apreensão da especificidade, bem como da indissociabilidade, entre os diversos autores tratados neste volume.

É interessante que mesmo que se parta de Kelsen que pode ser visto como o maior autor do positivismo de cunho normativista, percebe-se que a questão da fundamentação, bem como da argumentação as quais remetem à problemática da justiça não podem ser tiradas de cena ao se tratar do Direito.

A questão, claro, ganha bastante destaque posteriormente ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, tendo-se, com este debate, uma problematização explícita tanto das bases filosóficas da teoria do Direito quanto do modo pelo qual, ao final, haveria uma relação entre Direito e moral, seja ao modo de um conceito semântico de Direito em que se tematiza a relação entre a perspectiva interna e externa, como em Hart, seja com uma concepção decididamente hermenêutica como a de Dworkin.

Outra questão a se destacar é que, embora o debate metodológico tenha se passado permeando principalmente a teoria do Direito de talhe anglo-americano, ele influenciou todos aqueles que, posteriormente, trataram do Direito com seriedade. A teoria do Direito alemã, com Alexy principalmente, dentre outras coisas, procurou debater com a concepção de Dworkin acerca dos princípios, trazendo à tona, novamente, questões que remeteram à filosofia e à teoria do discurso.

Neste sentido, é bom que se tenha claro: aquilo a ser conhecido ao se ter em conta as teorias sobre o Direito ganha mais amplitude ainda, sendo necessário ao jurista, por exemplo, averiguar a qual teoria acerca da linguagem adere: Austin? Wittgeinsten? Habermas? Appel? Algum outro? Também neste sentido, o modo pelo qual aparecem os diversos textos deste volume (em conjunto) não deixa de expressar a situação particular na qual os estudos sobre o Direito se encontram explicitando-se justamente que uma concepção tecnicista acerca do Direito não é mais possível. Mais ainda: uma concepção tecnicista sobre o Direito, justamente ao não abordar aquilo no que sua argumentação se embasa aceita,

inadvertidamente, posições não explicitamente tematizadas. E justamente a tematização disto parece ser essencial.

Ainda para que se remeta ao modo pelo qual amplia-se o estudo do Direito ao se ter em conta o panorama atual um autor como Roberto Gargarella não deixou de mostrar como uma análise entre a posição de Rawls e de Dworkin poderia ser central e, neste sentido também deve-se destacar que, ao se tratar da teoria do Direito, também se tem uma conexão estreita com a teoria da justiça (embora não só com ela, claro). Ou seja, justamente a conformação do debate em torno do Direito atual propicia uma aproximação entre teorias da justiça, da decisão e da argumentação e, nesses termos, o presente livro talvez possa contribuir, mesmo que de modo modesto.

Poderíamos enumerar vários outros modos pelos quais a questão se delineia no presente livro, apontando, por exemplo, a importância da teoria de Honneth na contemporaneidade, ou as questões ligadas às minorias, ao racismo, ao sexismo e transfobia; poderíamos ainda destacar a importância destas questões passando pelo modo, por vezes apressado, pelo qual elas aparecem nos tribunais superiores no Brasil. No entanto, havendo destacado o cenário geral, passarmos a citar os textos aqui trazidos a lume.

O primeiro texto diz respeito a temática entre a Hermenêutica filosófica e a teoria da Argumentação jurídica. Esse tema vem sendo objeto de debate na doutrina brasileira nos últimos anos, entre aqueles que são adeptos da hermenêutica filosófica e entendem que as teorias da argumentação desprezam a hermenêutica, e aqueles adeptos da teoria da argumentação, que entendem que os hermeneutas dão muito peso a hermenêutica e desprezam as técnicas de argumentação que produziriam racionalidade e segurança no processo de decisão do Direito. O texto se intitula: OS JURISTAS SABEM DO QUE ESTÃO FALANDO OU FALAM SOBRE O QUE SABEM? UM DIÁLOGO ENTRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; O segundo texto aborda a situação dos refugiados numa interface com a obra de Hans Kelsen e é intitulado A ILUSAO DA JUSTICA POR KELSEN; O terceiro busca trabalhar a questão da fundamentação das decisões e é intitulado ANALISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTACAO DAS DECISOES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURIDICO; Já o quarto texto apresenta uma crítica ao art.489 do novo CPC e é intitulado de TEORIA DA ARGUMENTACAO JURIDICA E FUNDAMENTACAO JUDICIAL NO NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL: INSUFICIENCIAS DO METODO LOGICO-DEDUTIVO E A PROPOSTA DE UMA RACIONALIDADE PRAXE; O quinto texto traz um estudo de Aristóteles, Kant e Sandel e é intitulado JUSTICA EM ARISTOTELES, KANT E SANDEL: UM ESTUDO COMPARADO; O sexto texto trabalha

com Rawls e Dworkin tendo como base as teorias da justiça desses autores do liberalismo norte-americano e é intitulado A EQUIDADE EM UMA DEMOCRACIA: ANALISE COMPARATIVA ENTRE RAWLS E DWORKIN; O sétimo versa também sobre Dworkin, mas pela ótica da jurisdição constitucional e é intitulado CONTRIBUICOES DE RONALD DWORKIN A JURISDICAO CONSTITUCIONAL; O oitavo texto discute novamente a teoria da justiça pela ótica do embate entre o liberalismo e o comunitarismo e é intitulado de IGUALDADE E DIFERENCA: O CONCEITO DE JUSTICA NO ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO A PARTIR E ALEM DO COMUNITARISMO E DO LIBERALISMO; O Nono texto volta a temática de Ronald Dworkin e a sua teoria da justiça a partir da ótica do planejamento e tem como título JUSTICA DISTRIBUTIVA DE RONALD DWORKIN E A OBRIGACAO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAR; O decimo texto trabalha com as teorias da justiça e é intitulado de LIBERALISMO, LIBERAL-IGUALITARISMO OU COMUNITARISMO?; O decimo primeiro ensaio trabalha a temática da relação entre a liberdade e a justiça, tendo como pano de fundo a perspectiva marxista, e é intitulado de LIBERDADE VERSUS JUSTICA SUBSTANTIVA: TEORIAS ACERCA DAS (DES)IGUALDADES E (NAO)LIBERDADES NA VISAO DE ROUSSEAU E MARX. TERA SIDO MARX INFLUENCIADO PELAS IDEIAS DE ROUSSEAU E ATE QUE PONTO?; O decimo segundo texto aborda a questão das normas de direito internacional na interface com a Corte Internacional de Justiça e é intitulado de NORMAS PROCESSUAIS E NORMAS SUBSTANTIVAS: A PRIMAZIA DAS NORMAS DE JUS COGENS E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICA; O decimo terceiro texto trabalha a questão da fundamentação das decisões e é intitulado de O PRINCIPIO DA FUNDAMENTACAO DAS DECISOES JUDICIAIS FRENTE A IDEOLOGIA DA TEORIA POLITICA; O decimo quarto ensaio versa sobre a perspectiva pragmatista na teoria da decisão e é intitulado de MODELO PRAGMATISTA DE DECISAO NO DIREITO: DO MENTALISMO INSTRUMENTAL A INTERSUBJETIVIDADE COMUNICATIVA; O decimo quinto ensaio trabalhou a obra do professor Humberto Ávila pela ótica da interpretação do direito e é intitulado de OS POSTULADOS NORMATIVOS NA DOUTRINA DE HUMBERTO AVILA E SUA APLICACAO NA INTERPRETACAO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFICEIS; O decimo sexto texto trabalha a obra do professor de Kiel Robert Alexy e é intitulado de RACIONALIDADE DADA DECISAO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY; O decimo sétimo ensaio trabalha a questão do pluralismo jurídico na teoria da decisão e é intitulado de AS FONTES PLURAIS DO DIREITO, A ATUACAO DAS PARTES NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE LEGITIMACAO DA DECISAO JURISDICIONAL; O Decimo oitavo texto trabalha a obra do professor Axel Honneth e a crítica do mesmo as tradicionais teorias da justiça e é intitulado de AXEL HONNETH E A RECONSTRUCAO DA JUSTICA: UMA TENTATIVA DE SUPERACAO DO PARADIGMA DA DISTRIBUICAO; O decimo nono

texto trabalha a obra de Paul Ricoeur e é intitulado de A TEORIA DA JUSTICA NA CONCEPCAO DE PAUL RICOEUR EM FACE DA INTERGERACIONALIDADE DO IDOSO BRASILEIRO; O vigésimo texto desse livro aborda a obra de David Trubek e é intitulado de A TEORIA SOCIAL DO DIREITO NA CONCEPCAO DE DAVID M. TRUBEK; Logo em seguida temos o importante tema da justiça de transição abordado no texto DAS DIVERSAS FORMAS DE JUSTICA E DA JUSTICA DE TRANSICAO; O vigésimo segundo texto trabalha os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e é intitulado de OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISAO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA/DERIVADA; O próximo ensaio trabalhou a obra de Amartya Sen na interface com o processo civil e é intitulado A IDEIADE JUSTICA EM AMARTYA SEN E A RAZOAVEL DURACAO DO PROCESSO; Novamente temos o professor Amartya Sen como marco teórico, agora no tocante a questão do gênero no texto A IDEIA DE JUSTICA DE AMARTYA SEN: UM ENFOQUE SOBRE A IGUALDADE DE GENERO; O vigésimo quinto texto trabalha os conflitos intergeracionais e é intitulado de MORTOS, VIVOS E NAO NASCIDOS: CONFLITOS INTERGERACIONAIS LIGADOS AO PROGRESSO E AO RETROCESSO NAS DEMANDAS CONSTITUCIONAIS; O vigésimo sexto texto apresentado envolve o intenso e atual debate europeu sobre o multiculturalismo e a xenofobia e é intitulado de MULTICULTURALISMO, TOLERANCIA E XENOFOBIA: UMA CRITICA DO RECENTE CONTEXTO EUROPEU; O vigésimo sétimo texto aborda a questão da transexualidade e é intitulado de JUSTICA?! O NOME, O SEXO E A LIBERDADE TRANS; O vigésimo oitavo ensaio volta a questão da transexualidade a partir da ótica das teorias do reconhecimento e é intitulado TRANSEXUALIDADE E TEORIA DO RECONHECIMENTO: DE UM MODELO PATOLOGIZANTE A UMA NOVA MANEIRA DE PENSAR ATRAVES DA CONTRIBUICAO TEORICA DE NANCY FRASER.

Os organizadores convidam a todos a lerem os textos, que como já externalizado, guardam uma interface entre as teorias: da justiça, da argumentação e da decisão.

OS POSTULADOS NORMATIVOS NA DOUTRINA DE HUMBERTO ÁVILA E SUA APLICAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFÍCEIS.

THE NORMATIVE POSTULATES IN THE DOCTRINE OF HUMBERTO ÁVILA AND ITS APPLICATION IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION IN HARD CASES .

Henrique Ribeiro Cardoso
João Carlos Medrado Sampaio

Resumo

O presente trabalho objetiva analisar os postulados normativos, enquanto categoria de norma defendida na doutrina de Humberto Ávila, suas características distintivas das regras e dos princípios e, por fim, verificar a aptidão de tais postulados na interpretação constitucional em casos difíceis, aplicando-se a metodologia de pesquisa exploratória, através de meios bibliográficos, históricos, doutrinários e jurisprudenciais. O trabalho parte de uma breve apresentação da evolução histórica das normas, sintetizada em três momentos: a norma produzida pelos déspotas, em poder absoluto; as revoluções liberais e o mito positivista da escola de exegese; e a busca contemporânea pela norma como processo de construção de sentidos no caso concreto; como pressupostos para prosseguir à análise das características de distinção entre os postulados normativos e os princípios, e a análise da sua compatibilidade conceitual com a máxima de proporcionalidade de Alexy, bem como das suas máximas parciais. Abordagem dos conceitos de casos difíceis na concepção de Dworkin e de Atienza, e verificação da aptidão dos postulados normativos como elemento estruturador da interpretação constitucional em tais casos.

Palavras-chave: Interpretação constitucional, Postulados normativos, Casos difíceis

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to analyze the normative postulates, while norm category presented in the doctrine of Humberto Avila, its distinctive features from the rules and principles and finally, check the suitability of such postulates in constitutional interpretation in hard cases, applying the methodology of exploratory research throughout bibliographic, historical, doctrinal and jurisprudential sources. The paper presents a brief overview of the historical development of legal norms, synthesized in three stages: a law produced by despots holding absolute power; the liberal revolutions and the positivist myth of exegesis of school; contemporary and search by the law as meaning construction process in the concrete case; and therefore proceeding to the analysis of the distinguishing features between the normative postulates and the principles, and the conceptual analysis of its compatibility with the Alexy's so called

proportionality maxim and its partial maximum. Approaching of the hard cases concepts presented by Dworkin and Atienza, and the suitability of normative postulates as a structuring element of the constitutional interpretation in such cases.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional interpretation, Normative postulates, Hard cases

INTRODUÇÃO

Em sua obra sobre a Teoria dos Princípios[1], Humberto Ávila analisa os diferentes aspectos que diferenciam as regras dos princípios, apresentando o que considerou uma terceira categoria normativa, por ele denominada de Postulados Normativos. O presente trabalho objetiva assim analisar tais postulados, suas características distintivas das regras e dos princípios e por fim, verificar a aptidão dos postulados normativos na interpretação constitucional em casos difíceis, aplicando-se a metodologia de pesquisa exploratória, através de meios bibliográficos, históricos, doutrinários e jurisprudenciais.

Traçamos inicialmente um breve apanhado histórico, na medida em que o entendimento do atual contexto da interpretação normativa depende de uma compreensão prévia de como historicamente chegamos até aqui. De um momento pretérito remoto, quando os déspotas produziam normas absolutas e aplicadas conforme o caso, passamos, com as revoluções liberais, pelo encantamento da civilização pelas normas positivadas, sob a quimera de que a lei tudo poderia prever. Era o mito da completude do ordenamento e de que fora dele, não poderia haver interpretação: a lei era o ponto de chegada do intérprete.

As tragédias mundiais do Século XX, especialmente a II Guerra Mundial com eventos de brutalidades perpetradas mutuamente por humanos contra seus semelhantes, numa escala jamais registrada, terminaram por levar à evolução conceitual do significado e alcance da norma, a partir da revelação histórica de que a mera positivação das normas não fora suficiente para impedir as grandes violações contra os direitos humanos, uma vez que inúmeras ações violadoras de tais direitos foram justificadas por um ordenamento que as legitimou, cujo exemplo mais significativo somente foi revelado ao final da II Guerra Mundial, quando a humanidade conheceu os horrores do Holocausto.

No pós guerra, ainda que a um custo exageradamente alto, a evolução do conceito de norma passa pela busca da (re)conexão do positivado com o justo, que implica a superação do paradigma interpretativo de que a norma seria o ponto de chegada; condicionando a construção de sentidos do texto normativo ao seu harmônico alinhamento ao catálogo de

[1] ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. 4a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 22 - 87.

direitos fundamentais. Ávila[2] nos ensina que texto normativo, não é norma; o que se pode denominar efetivamente de norma será o resultado da construção de sentidos, diante da multiplicidade de possibilidades semânticas que só se revelam nas circunstâncias do caso concreto: o texto normativo, do outrora ponto de chegada, torna-se agora o ponto de partida do intérprete.

Neste diapasão, Humberto Ávila[3] apresenta no contexto das normas, as regras, os princípios e finalmente, o que denomina ser, os Postulados Normativos, como categoria de "metanorma", ou norma de segundo grau, distinguindo-se enquanto categoria normativa, das regras e dos princípios. Sob tais pressupostos, partindo da distinção categórica dos Postulados Normativos, analisamos a doutrina de Alexy[4], no que concerne a princípios enquanto "mandamentos de otimização", bem como do que denomina de "máxima da proporcionalidade", encontrando pontos de contato entre o doutrinador brasileiro e o alemão.

Por fim, diante deste arcabouço teórico, verificamos a aplicação dos postulados normativos, como elementos úteis à estruturação do esforço interpretativo constitucional nos denominados casos difíceis (*hard cases*) , com o objetivo de aferir se a categoria normativa de tais postulados é efetiva para o alcance das soluções em tais casos.

1 A ESCOLA DE EXEGESE E O MITO DA COMPLETUDE DO DIREITO

A concepção da sociedade como o resultado de um contrato social, apresentada pelos clássicos autores contratualistas, parte do raciocínio de que diante da ausência do Estado e das suas normas, o homem viveria em estado de natureza, quando todos estariam a mercê de todos, numa situação em que os mais fortes dominariam e subjugariam os mais fracos. Sacadura Rocha[5] acrescenta que os contratualistas "discutem a legitimidade e as origens da legitimidade do Poder e do Estado. A concepção de que o contrato social é o instrumento que capacita o Estado moderno a ter o poder, é uma idéia que sobrevive até os nossos dias".

[2] ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

[3] idem, p. 87.

[4] ALEXY. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

[5] ROCHA, José Manuel Sacadura. **Fundamentos de filosofia do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 137.

Na Europa feudal, o homem vivia sob o jugo e as regras dos reis, que as podiam modificar ao sabor das circunstâncias e do destinatário das decisões do déspota, num contexto social de absoluta insegurança jurídica. Conforme ensina Steinfeld[6], tal insegurança atingia as relações na sociedade de forma ampla e desmedida, tamanha era a disparidade entre o senhor feudal e o seu servo. Na Inglaterra da primeira metade do século XVII, por exemplo, vigoravam normas, que davam ao senhor feudal o direito até de aprisionar e punir o servo que não cumprisse satisfatoriamente as suas tarefas, estando a extensão e o rigor das punições, inteiramente sujeitas à discricionariedade daquela autoridade local.

Diante daquele mundo "das trevas", é natural o encanto que poderia provocar no homem daqueles longínquos tempos, a idéia então utópica, de que todos seriam iguais perante a lei, e que a mesma não seria modificada pelo seu aplicador.

Ainda em 1688, a Revolução Gloriosa na Inglaterra estabeleceu limites ao poder do Rei, quando os protestantes ingleses clamavam por liberdade de consciência, de opinião e de expressão. Eis que o Liberalismo, consolidado a partir das revoluções burguesas, com destaque para a Revolução Francesa, trouxe um conjunto de novos paradigmas à civilização Ocidental. Segundo Perry[7], aquela novo conjunto de idéias, teria como marco central o indivíduo, livre, igual e fraterno.

Assim, as primeiras décadas do século XIX foram marcadas por uma espetacular ascensão da burguesia: banqueiros, comerciantes, industriais; em busca da consolidação das idéias liberais, necessitavam sepultar o sistema baseado na nobreza, na posse de terras e de servos. O modo de produção capitalista se impunha em face da Revolução Industrial que rapidamente esvaziava os campos e transformava a paisagem das cidades. Os mercados se expandiam, as grandes navegações tornavam o mundo maior.

No plano das normas, as transformações da sociedade demandavam um conjunto de regramentos aptos a acompanhar a evolução dos tempos, e capaz de regular as atividades humanas em expansão, cada vez mais complexas e interrelacionadas. Neste sentido é ícone do ordenamento jurídico ocidental o Código Napoleônico de 1804, com seus 2281 artigos, que

[6] STEINFELD, Robert J.**The invention of free labor**. North Carolina: The University of North Carolina Press, 1991, p. 96. Disponível em: < http://books.google.com.br> Acesso em: 21 jul. 2015.

[7] PERRY, Marvin. **Western civilization: ideas, politics and society**. 9a. ed. Boston: H.M.H. Publishing Conpany, 2009, p. 534. Disponível em: < http://books.google.com.br> Acesso em: 21 jul. 2015.

buscavam antever nas suas hipóteses normativas as mais diversas situações que pretensamente seriam reguladas pela norma: era a quimera da completude do sistema legal.

Neste contexto surge na França de então, a escola de exegese que segundo Silvio Oliveira[8], fascinava boa parte da intelectualidade jurídica francesa; desde Proudhoun, como o seu famoso *Cours de Droit Français* de 1808, passando por Duranton, autor do *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, obra de 22 volumes publicada em 1825, e chegando mesmo ao final do século XIX, fase final da escola de exegese, com a obra de Guillouard, intitulada *Commentaire Theoriqué et Pratique de Droit Civil* de 1895.

Para os exegetas o conjunto normativo em vigor deveria ser suficiente para regular todas as situações da vida social, de modo que o jurista deveria submeter-se cegamente a tais normas, pois tudo ali estaria previsto; era um momento singular na história do Direito, em que acreditava-se na completude do sistema normativo.

Assim, segundo Oliveira[9] na concepção dos exegetas "o código metodologicamente exposto, se apresenta como um teorema cujo objetivo é demonstrar e deduzir as suas conseqüências, até o ponto de vista verdadeiro. O juiz é o geômetra, enquanto o Direito é puramente como a geometria".

A superação do paradigma positivista, se é que ele foi realmente superado, implica em apertada síntese, na admissão das concepções interpretativas modernas, como ressalta Humberto Ávila, a exemplo da questão central sobre a diferença entre texto normativo e norma; bem como o caráter normativo dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, e por fim, as diversas razões detalhadamente expostas pelo auto, que distinguem regras de princípios.

Assim, sob tal conjunto de idéias, a norma é o resultado de uma construção de sentidos, que levam em conta, além das regras, princípios, circunstâncias do caso concreto e os chamados "postulados normativos", de caráter essencialmente estruturador da ação interpretativa.

[8] OLIVEIRA, Silvio Luiz**. Metodologia científica aplicada ao direito**. São Paulo: Thomson, 2002, p. 24.
[9] idem, p. 25.

2 OS POSTULADOS NORMATIVOS

Segundo a doutrina de Humberto Ávila[10], os postulados normativos, assumiriam o caráter de metanormas, diferenciando-se das regras e dos princípios, como explica:

> Os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação deles consiste na não-interpretação de acordo com a sua estruturação. São por isso metanormas, ou normas de segundo grau. O qualificativo de normas de segundo grau, porém, não deve levar à conclusão de que os postulados normativos funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal.

Ou seja, na sua concepção, tais postulados tem uma função estruturante na tarefa interpretativa, de modo que permitem a verificação das situações em que a norma foi violada. Seguindo o raciocínio estruturado metaforicamente no sentido de uma elipse, afirma o autor que tais "metanormas" em si não são violadas, o que se viola, exemplifica, são aquelas normas que por desprezo à proporcionalidade, à razoabilidade e eficiência, "deixaram de ser devidamente aplicadas".[11]

De tal raciocínio seria natural inferir então que os postulados normativos se enquadrariam na concepção de princípios, como segundo o próprio autor, se define na majoritária doutrina. Em dissenso doutrinário contudo, afirma Ávila que definir tais postulados como princípios, ou mesmo como regras, teria o condão muito mais de confundir do que de esclarecer o tema.

A partir da análise do funcionamento dos postulados normativos, o autor procura estabelecer a diferença essencial, que o tornaria uma categoria distinta dos princípios, conforme aduz[12]:

> [...] os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como

---

[10] ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88.

[11] idem.

[12] ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

> necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados não impõem a promoção de um fim, mas ao invés disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim [...]

Ou seja, os postulados normativos, teriam então um caráter de condicionamento do procedimento interpretativo, na medida em que a estruturação do processo de aplicação do dever de promoção de um fim, não é o fim propriamente dito, mas o caminho, a estrutura, as balizas condicionadoras da marcha interpretativa; na medida em que, explica Ávila, os postulados normativos "não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos". Seriam então coisas distintas, permitindo uma análise de postulados normativos em perspectiva distinta de regras e de princípios, especialmente.

Segundo a classificação de Ávila[13], os postulados normativos são divididos entre postulados inespecíficos e específicos, com as seguintes subdivisões:

- Postulados Inespecíficos
  - Ponderação
  - Concordância Prática
  - Proibição de Excesso

- Postulados Específicos
  - Igualdade
  - Razoabilidade
  - Proporcionalidade

Por outro lado, se analisarmos o pensamento de Alexy[14] a respeito da proporcionalidade, a mesma é tratada como "máxima da proporcionalidade", composta por

[13] idem, p. 93

[14] ALEXY. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

três "máximas" parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, este que seria o próprio sopesamento entre princípios. Trivisonno[15] em lapidar síntese, assim descreve as concepções de Alexy, sobre o tema:

> Na *Teoria dos Direitos Fundamentais* é abordada a estrutura dos direitos fundamentais. Embora existam na obra temas interessantes, que infelizmente não posso abordar aqui, como por exemplo os direitos fundamentais como direitos subjetivos e os direitos fundamentais como *status*, o ponto que interessa é principalmente a análise da estrutura das normas de direitos fundamentais, realizada no Capítulo 3, sobretudo a distinção entre regras e princípios e a solução das colisões de princípios através da máxima da proporcionalidade.

Aduz ainda o autor[16], que no tocante à distinções entre regras e princípios, Alexy avança em relação aos critérios tradicionais de distinção entre tais categorias normativas:

> Alexy parte de uma análise dos critérios tradicionalmente usados para distinguir regras de princípios, sobretudo do clássico critério quantitativo da generalidade, para então desenvolver seu próprio critério: princípios são comandos de otimização, ou seja, comandos que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, observadas as circunstâncias fáticas e jurídicas, enquanto regras são comandos definitivos, ou seja, exigem simplesmente que uma conduta seja praticada.

Ainda que Alexy não se debruce diretamente sobre a questão da categorização da proporcionalidade quer como regra quer como princípio, a questão que Ávila aborda como postulado da proporcionalidade, Alexy aborda como uma "máxima" , conforme explica Trivisonno[17]:

> Colisões de princípios são solucionadas pela máxima da proporcionalidade, através de suas três máximas parciais, a saber, a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras exigem que algo seja realizado na máxima medida possível relativamente às circunstâncias fáticas, enquanto a terceira exige que algo seja realizado na máxima medida possível relativamente às circunstâncias jurídicas.

[15] TRIVISONNO, Alexandre. Estudo introdutório a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.58.

[16] idem.

[17] idem.

Notória também a ênfase dada por Alexy[18] entre a sua teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, e das suas máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu* :

> Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade em suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza.

Quando à ponderação, aduz Trivisonno[19]:

> A atividade de ponderação, sobretudo no plano da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, significa atribuir peso ao grau da interferência a um princípio, à importância do cumprimento do outro, e então verificar qual deles é maior.

A partir das "máximas" apresentadas pelo autor alemão, seria então possível estruturar uma resposta à indagação sobre a questão da distinção entre postulados normativos e princípios: se pressupomos que na forma abstrata no plano constitucional não há previamente hierarquia entre princípios, e que a proporcionalidade é um método de estruturação da interpretação em busca da identificação do melhor princípio a ser aplicado ao caso concreto, é forçoso reconhecer que proporcionalidade enquanto postulado normativo, não se confunde com os princípios que aquele método estruturante analisa, na medida em que o sujeito não se confunde com o objeto.

Se, ao dizer de Alexy[20] , princípios são "mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas", a proporcionalidade enquanto máxima, não deixa de ser um método de interpretação estruturante, como afirma Ávila, não havendo necessariamente uma incompatibilidade conceitual entre as propostas de ambos os autores, na medida em que, como afirma Ávila[21], Alexy não enquadra a proporcionalidade numa especial categoria, não se debruçando especificamente sobre esta questão. Ainda segundo o autor, apesar do mestre

---

[18] ALEXY. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

[19] TRIVISONNO, Alexandre. Estudo introdutório a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.58.

[20] ALEXY. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

[21] ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

alemão não enquadrar a proporcionalidade nem como regra nem como princípios, lembra que diversos autores[22] enxergam a opção de Alexy da proporcionalidade como regra.

Ainda em relação a máxima de proporcionalidade, Alexy[23] apresenta o que denomina de máximas parciais da adequação do mandamento ao caso concreto, da necessidade, no sentido da aplicação do meio menos gravoso, bem como da máxima parcial da proporcionalidade, aqui em sentido estrito, que seria a atribuição de peso aos mandamentos contrapostos, de modo a aferir *in casu* , qual seria merecedor da aplicação, é o sopesamento, ou seja, a atribuição de pesos aos mandamentos em questão. Pode-se vislumbrar, dessa forma que, inobstante o fato de Alexy não se referir à idéia de que tais máximas sejam estruturantes do processo interpretativo, no exercício de construção de sentido da norma no caso concreto, tais máximas parciais assemelham-se claramente ao conceito de postulados normativos defendido por Ávila.

Guardadas as devidas aproximações e distanciamentos entre os dois conceitos, é importante ressaltar o caráter de racionalidade que deve conter a ponderação, como explica Trivisonno[24]:

> No que diz respeito à racionalidade da ponderação não vou abordar todos os pontos da resposta de Alexy. Basta consignar que a ponderação seria um processo arbitrário se ela não estivesse conectada à argumentação jurídica. Se a atribuição de pesos abstratos aos princípios envolvidos, a atribuição de grau à lesão a um princípio (leve-média-grave), bem como à importância do cumprimento do princípio oposto e, por fim, a comparação entre ambas, fosse um processo arbitrário não sujeito a qualquer fundamentação, poder-se-ia falar em arbitrariedade e assim em falta de racionalidade. Mas a teoria dos princípios e com ela a ponderação dependem da argumentação jurídica.

A questão da racionalidade é então tema recorrente na obra de Alexy, pois a base do seu raciocínio é de que um processo de construção de sentidos que deixasse a racionalidade de lado não lograria êxito, e estaria em descompasso com as previsões constitucionais, e simultaneamente desconecto da exigência de fundamentação, pois ao exigí-la a ordem constitucional o faz com base nos valores que tutela, que são em última instância

[22] idem.

[23] ALEXY. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

[24] TRIVISONNO, Alexandre. Estudo introdutório a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.85.

resultado de um processo histórico de construção dos direitos humanos, posteriormente recepcionados pelo texto constitucional, na forma do seu catálogo de direitos fundamentais.

No processo de fundamentação, há também um exercício de indetificação dos princípios que serão sopesados, e da identificação das colisões entre eles, quando o intérprete haverá de construir as escalas de importância particulares ao caso concreto, conforme explica Trivisonno[25]:

> Aquele que aplica princípios deve fundamentar as atribuições de pesos aos princípios bem como o escalonamento da interferência no princípio envolvido em uma colisão e o escalonamento da importância do cumprimento do princípio oposto. Essa fundamentação racional é possível, porque são possíveis argumentos práticos e jurídicos que comparam esses pesos e esses escalonamentos. Naturalmente, como ressalta o próprio Alexy, não se pode exigir, aqui, precisão matemática. Mas não existem, aqui, apenas duas opções, a saber, precisão matemática e arbítrio puro. Existe um terceiro caminho, que afirma ser possível a racionalidade da ponderação, porque é possível fundamentar juízos de valor e de dever. Esse é o caminho da teoria discursiva do direito de Alexy.

Ávila[26] reafirma a distinção essencial entre regras, princípios e postulados normativos, a partir da concepção de que regras "são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos, ou atributivas de poder", e que os postulados por sua vez, não descrevem comportamentos, mas "estruturam a aplicação de normas que o fazem" .

Assim sintetiza o autor, o contemporâneo panorama doutrinário sobre o tema:

> As dificuldades de enquadramento da proporcionalidade, por exemplo, na categoria de regras e princípios evidenciam-se nas próprias concepções daqueles que a inserem em tais categorias. Mesmo os adeptos da compreensão dos aqui denominados *postulados normativos aplicativos* como regras de segundo grau reconhecem que eles, ao lados dos deveres de otimização, seriam uma forma específica de regras (*eine besondere Form von Regeln*). Também os adeptos de sua compreensão como princípios, reconhecem que eles funcionam como máxima ou *topos* argumentativo que mescla o caráter de regras e de princípios. Outros já os enquadram, com sólida argumentação, na categoria de princípios distintos, denominados de princípios de legitimação. Há ainda aqueles que os representam como normas metódicas. (grifos do autor)

[25] ibidem.

[26] ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

Seguindo tal raciocínio, buscamos em seguida, verificar a aplicabilidade e utilidade dos postulados normativos, na resolução dos denominados casos difíceis da interpretação constitucional.

3 A APLICAÇÃO DOS POSTULADOS NORMATIVOS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFÍCEIS (*HARD CASES*)

Os denominados casos difíceis, originalmente denominados *Hard Cases* por Dworkin[27], apresentam de forma geral a característica de serem casos de complexa resolução na medida em que não há no ordenamento uma regra que permite a subsunção automática do fato à norma. Em segundo lugar, o intérprete encontra ao buscar uma solução, normas de caráter aberto, como por exemplo os princípios constitucionais, que não obstante o fato de terem o caráter de norma, não prevêem um solução específica, mas condicionam comportamentos em face dos valores tutelados. Ou seja, tais princípios irradiam todo o ordenamento jurídico com os valores que estampam, mas por sua própria natureza principiológica não determinam comportamentos diretos. Assim, tais normas de caráter aberto necessitam ser preenchidas em face das circunstâncias do caso em análise, exigindo um maior esforço do juiz na construção dos sentidos da norma cotejada.

Por fim, aduz Dworkin[28] que nos casos difíceis, não está presente apenas a necessidade de preenchimento de sentidos de tão somente um princípio, mas simultaneamente de diversos valores recepcionados pelo ordenamento, ou seja, há uma multiplicidade de princípios relevantes e contrapostos.

Atienza[29] por sua vez, expondo a questão do juiz diante dos casos difíceis, sistematiza os problemas jurídicos do contexto, a partir da perspectiva do juiz, que identifica o problema que tem diante de si a partir de quatro tipos principais de problemas jurídicos:

a) problemas de pertinência, que ocorrem quando há dúvidas sobre qual seja a norma aplicável ao caso;

---

[27] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106.

[28] idem.

[29] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito-teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p.114.

b) problemas de interpretação, que surgem quando há dúvidas sobre como se há de entender a norma ou normas aplicáveis ao caso;

c) problemas de prova, que aparecem quando há dúvidas se um fato realmente ocorreu;

d) problemas de qualificação quando há dúvidas sobre um determinado fato, que não é discutido, porém, pode recair no campo de aplicação de determinado conceito contido no caso concreto ou na conseqüência jurídica da norma.

Aduz ainda o autor, em relação à dificuldade do intérprete da norma chegar à uma solução, em face d não prevalência de uma lei sobre à outra, em tais casos:

> [...] Nos casos difíceis, quando não é possível entre duas ou mais interpretações fazer prevalecer uma lei ou uma decisão anterior, o intérprete tem de fazer escolhas, pendendo para o lado daquela que pareça mais justa e aceitável. A decisão é complexa e vai refletir não apenas as opiniões pessoais do juiz sobre a justiça, a moral, a ética e a equidade, como também irá harmonizar esses ideais quando competem entre si.

Vistos os pressupostos teóricos que definem os casos difíceis, convém agora verificar se diante das circunstâncias que caracterizam tais casos, serão os postulados normativos de Humberto Ávila, aptos a oferecer uma estrutura interpretativa capaz de permitir a adequada obtenção da solução de tais casos. Sobre os postulados, esclarece o autor[30]:

> 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 elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo.

Na resolução de casos difíceis, a existência de critérios de estruturação da ação interpretativa demonstra utilidade prática, pois os postulados inespecíficos da ponderação, da concordância prática e da proibição de excesso, se adequadamente organizados e aplicados, fornecem ao intérprete uma estrutura segura de construção dos sentidos. Em relação ao primeiro postulado inespecífico, o da ponderação, ensina Ávila[31]:

[30] ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88.

[31] idem, p. 94

> É preciso estruturar a ponderação com inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais.

A ponderação deve segundo o autor, passar por três etapas: a preparação, a realização e a reconstrução. No caso da interpretação constitucional, a ponderação dos princípios prestigiados pela ordem vigente aos passar pela etapa da preparação da ponderação, terá todos os elementos e argumentos presentes examinados de modo exaustivo, pois não se pode proceder à ponderação, sem delimitar exatamente o que está sendo o foco do sopesamento. Na realização, por sua vez, estabelece o intérprete quais princípios encontram-se em situação de primazia em relação ao outro, ou aos outros princípios identificados na etapa anterior da preparação. Por fim, segue-se à etapa da reconstrução da ponderação, quando se estabelecem as regras de relação entre os elementos.

O próximo postulado inespecífico a ser examinado nos casos difíceis, seria o postulado da concordância prática, definido pro Ávila[32] como "o dever de realização máxima dos valores que se imbricam". Trata-se de etapa caracterizada pelo esforço de harmonização, de modo a proteger ao máximo os valores em jogo, a exemplo da tensão entre valores que protegem os direitos individuais do cidadão e aqueles que tutelam as prerrogativas do Estado.

Por fim, ainda no âmbito dos postulados inespecíficos, está a proibição de excesso, que na interpretação constitucional, assume o caráter de uma das facetas da proporcionalidade, de modo que a aplicação de uma norma, ou a concretização de um princípio não pode implicar na inviabilização de outro igualmente tutelado pelo ordenamento constitucional. Como exemplo de aplicação de tal postulado pelo Supremo Tribunal Federal, colacionamos o HC 102.087/MG[33], da lavra do Ministro Gilmar Mendes:

> 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores

[32] ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 96.

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102.087-MG. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ HC 102.087> . Acesso em: 31 jul. 2015.

> envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma *proibição do excesso* (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade.

No que tange aos postulados específicos, temos a seguinte classificação:

Postulados Específicos
- Igualdade
- Razoabilidade
- Proporcionalidade

O postulado da igualdade em casos difíceis assume especial importância, pois aferir a igualdade implica paradoxalmente em estabelecer critérios de diferenciação. É notório neste caso a necessidade que tem o postulado de uma atividade de comparação. A igualdade em sua gênese nas constituições liberais de primeira geração era apenas concebida de maneira formal, não obstante, o conceito contemporâneo de efetividade dos direitos fundamentais concebe o postulado na busca por uma igualdade material, onde serão sopesados as características específicas das partes que se quer igualar, de modo que a busca da igualdade implicar em tratá-los desigualmente na medida das suas desigualdades.

Acerca dos critérios da aplicação do princípio da igualdade, ensina Ávila[34]:

> A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isto 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 pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador.

Em casos difíceis identificar critérios diferenciadores pode ser um valioso caminho na estruturação do esforço interpretativo, norteando-se a construção do sentido pelos fins que a isonomia enquanto direito fundamental previamente estabeleceu no catálogo de direitos fundamentais estabelecido pelo ordenamento constitucional.

[34] ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101.

O postulado da razoabilidade por sua vez, exige um delineamento prévio dos seus contornos e limites, em face da multiplicidade semântica que o termo produz. Da lavra de Humberto Ávila[35], três seriam as acepções úteis ao intérprete:

> Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral.
>
> Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir.
>
> Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

No tocante à razoabilidade, em sede de Habeas Corpus assim se manifestou o Supremo Tribunal, em lapidar relatoria do Min. Celso de Melo:[36]

> [...]Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo *princípio da razoabilidade*. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de *razoabilidade*. (grifos nossos)

---

[35] ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 103.

[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.959-TO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ HC 109.959> . Acesso em: 31 jul. 2015.

Por fim, o postulado específico da proporcionalidade, merece algumas considerações prévias no sentido de esclarecer o que ele significa no âmbito dos postulados normativos. Tais esclarecimentos são necessários em virtude do termo apresentar variações de significados e abordagens, conforme a doutrina estudada. Abordaremos aqui a proporcionalidade em sentido estrito. Assim explicada por Ávila[37]:

> A proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais ? Ou de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio ?

Assim, em casos difíceis a atribuição da dimensão, proporção ou peso a um mandamento demanda saber em que equivalente proporção os outros mandamentos em conflitos estão tendo menor peso no caso concreto, e qual a extensão de dano causado pela possível opção interpretativa. Não se trata em muitos casos de tarefa fácil, na medida em que em tais casos a identificação da natureza dos elementos presentes, especialmente dos princípios constitucionais em conflito, poderão apresentar importância muito semelhante, ou seja, pesos quase equivalentes.

4 CONCLUSÃO

Após a breve descrição dos postulados normativos, conclui-se que a interpretação constitucional em casos difíceis implica em escolhas do intérprete, o que de início pressupõe um amplo grau de variabilidade nas possíveis decisões, em face da lacuna normativa, dos princípios constitucionais em conflito e da própria abertura conceitual presente à natureza dos conceitos abertos.

Todavia a construção doutrinária apresentada por Humberto Ávila, colocando os denominados postulados normativos como uma categoria que se distingue das regras, e especialmente dos princípios, assume o caráter de categoria de norma de segundo grau ou metanorma.

[37] ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 124.

Neste diapasão, se é verdade que o positivismo foi incapaz de oferecer soluções para as controvérsias que envolvem interpretação constitucional em casos difíceis, a abertura conceitual que caracteriza o sistema de princípios também não garante ao intérprete um caminhar sereno rumo à solução desses casos.

A aplicação dos postulados normativos, não torna necessariamente os casos difíceis, mais fáceis; mas de certo que oferece uma estrutura interpretativa para que as soluções de tais casos sejam mais justas, especialmente pelo seu caráter de metanorma que afasta os justificados temores de que a adoção de um procedimento terminaria condicionando o resultado. Afasta-se tal possibilidade na medida em que a concepção de caráter estruturador dos postulados, confere ao intérprete maior aptidão na identificação dos verdadeiros valores em jogo, apresentados na concretude do caso complexo. Ou seja, o postulado estrutura a interpretação, mas não a condiciona.

Assim, a idéia dos postulados normativos como categoria de norma que objetiva a estruturação do procedimento interpretativo, através da aplicação dos postulados normativos, oferece ao intérprete um caminho, um proceder harmonizador, que prestigia os pilares principiológicos do ordenamento constitucional no especial contexto dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito-teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. 4a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102.087-MG. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ HC 102.087> . Acesso em: 31 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.959-TO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ HC 109.959> . Acesso em: 31 jul. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

OLIVEIRA, Silvio Luiz**. Metodologia científica aplicada ao direito**. São Paulo: Thomson, 2002.

PERRY, Marvin. **Western civilization: ideas, politics and society**. 9a. ed. Boston: H.M.H. Publishing Conpany, 2009, p. 534. Disponível em: < http://books.google.com.br> Acesso em: 21 jul. 2015.

ROCHA, José Manuel Sacadura. **Fundamentos de filosofia do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STEINFELD, Robert J. **The invention of free labor**. North Carolina: The University of North Carolina Press, 1991, p. 96. Disponível em: < http://books.google.com.br> Acesso em: 21 jul. 2015.

TRIVISONNO, Alexandre. Estudo introdutório a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.