PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A MATRIZ HERMENÊUTICA COMO POSSIBILITADORA DA CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS*

CONSTITUTIONAL PRINCIPLE: MAIN HERMENEUTIC AS ENABLED OF THE MATERIALIZATION OF THE PRINCIPLE

Jaci Rene Costa Garcia•
Márcio Alan Rodrigues de Azevedo ◆

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Este trabalho tem como finalidade identificar os aspectos distintivos entre regras e princípios constitucionais de modo a visualizar as colisões entre princípios na tentativa de compreender como casos semelhantes recebem soluções judiciais distintas, adentrando-se no trato das diferenciações entre as espécies de normas jurídicas, ressaltando-se a necessária separação entre texto e norma, aquele identificado com o enunciado abstrato que serve de ponto de partida para o intérprete, essa o gênero que abrange as regras e os princípios e vem a ser o texto normativo acrescido do sentido constituído na via interpretativa e aplicável aos casos concretos; por fim, trata-se dos postulados normativos compreendidos como deveres de estruturação da aplicação dos princípios e das regras, servindo como uma ferramenta de controle intersubjetivo dos fundamentos expostos nas decisões judiciais.
Palavras-chave: Interpretação. Incidência. Aplicação. Colisão. Direitos.

Abstract: This work has as purpose to identify the distinctive aspects between rules and constitutional principle in way to visualize the collisions among principle in the attempt of understanding as similar cases they receive different judicial solutions, going into in the treatment of the differentiation among the species of juridical norms, being stood out the necessary separation between text and norm, that identified with the abstract statement that it serves as starting point for the interpreter, that the gender that embraces the rules and the principle and it comes to be the text normative added of the sense constituted in the interpretative and applicable road to the concrete cases; finally, it is the normative postulates understood as duties of structuring of the application of the principle and of the rules, serving as a tool of control intersubjective of the foundations exposed in the judicial decisions.
Key Words: Interpretation. Incidence. Application. Collision. Rights.

1. Introdução

Parece correto afirmar que a Teoria da Constituição procura desenvolver aspectos conceituais que permitem que o estudante ou estudioso do Direito Constitucional tenha uma compreensão do que vem a ser esse instrumento normativo e de qual é o papel da Constituição enquanto documento jurídico. Aquela Teoria procura também explicitar as particularidades da estrutura das Cartas, tentando demonstrar que a

---

* O presente artigo foi produzido a partir da Monografia apresentada em 23 de fevereiro de 2005 pelo Especializando Márcio Alan Rodrigues de Azevedo, como requisito para obtenção de Certificado de Conclusão no Curso de Especialização em Direito Constitucional Aplicado do Centro Universitário Franciscano - UNIFRA.

• Advogado. Professor Universitário. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Constitucional Aplicado da UNIFRA.
◆ Bacharel em Direito. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA.

interpretação das normas constitucionais apresenta nuances que a torna diferente da interpretação das leis inferiores.

A Teoria Constitucional atualmente entende que a Constituição superou a função estrita de documento normativo organizador do Estado, distribuidor de competências, para assumir a condição de instrumento jurídico limitador dos Poderes estatais e da supremacia da maioria. Isso pode ser percebido pela ampliação do rol de direitos nas Constituições, instituídos a partir do consenso político e destinados a terem efetividade material na vida da comunidade quando, então, o conceito assumido por elas tende a ser o de instrumento normativo de direitos da sociedade.

A efetividade das normas constitucionais, também conhecida como concretização da Constituição, torna-se uma preocupação de toda a sociedade e depende da atuação de todos os Poderes do Estado, segundo os princípios da independência e harmonia. Em especial aos juízes cumpre essa tarefa, pela capacidade inerente às decisões judiciais de aproximarem realidade social e previsões abstratas emanadas das Corporações Legislativas, bem como para evitar medidas abusivas adotadas pelos administradores públicos ou provenientes das relações privadas.

Constata-se que as transformações sociais, culturais, políticas e econômicas ocorridas desde o final do século XIX serviram como indicativos da debilidade do modelo constitucional liberal, culminando com a instituição do Estado Social a partir das Constituições do México e de Weimar, em 1917 e 1919, respectivamente.

O constitucionalismo social provocou a redução no conceito jurídico das Constituições em virtude da elaboração das normas programáticas que limitou a força jurídica das normas constitucionais a meras orientações aos legisladores, posicionando os princípios como fontes subsidiárias de direitos, adotados somente para suprir lacunas do ordenamento jurídico.

A segunda metade do século XX representou momento de marcante influência na positivação dos princípios no plano constitucional. A revolta contra o formalismo e uma crescente valorização da pessoa humana fizeram repercutir nos métodos de interpretação das normas constitucionais. Tais normas constitucionais não mais se confundem com os textos normativos (interpretação literal), os métodos da nova hermenêutica (BONAVIDES, 2003, p.498) destacam os aspectos teleológico e axiológico na revelação de sentido dos dispositivos normativos.

O texto normativo, ou dispositivo, passa a ser considerado como ponto de partida da interpretação, dele o intérprete vai extrair o sentido revelador da norma, impondo-se como momentos distintos a incidência de um dispositivo e a aplicação de uma norma.

O objetivo do presente trabalho consiste em, a partir da teoria constitucional, distinguir as espécies normativas e reconhecer a força normativa da Constituição quando da aplicação dos princípios jurídicos.

Quanto ao método, essencial que se aponte a prevalência do método dedutivo, uma vez que o trabalho busca justificar a aplicação racional dos postulados, princípios e regras, procurando contribuir para a tese do controle racional e da justificação das decisões, acenando para um acolhimento intersubjetivo das interpretações no direito. No fundo e na forma da exposição há um modelo kantiano presente e expresso desde o primeiro momento: há necessidade de uma justificação racional das respostas no direito a partir do reconhecimento da força normativa do texto constitucional.

2. A Norma Jurídica: Princípios e Regras

De algum tempo teóricos do Direito, especialmente constitucionalistas, travam um intenso debate acerca das distinções entre princípios e regras jurídicas. A variedade de critérios a partir dos quais são propostas aquelas dessemelhanças estão bem sintetizadas na obra de Ávila (2004, p. 30-31), que recolhe da melhor doutrina quatro critérios importantes, embora não suficientes: o hipotético-condicional, o do modo final de aplicação, o do conflito normativo e o critério axiológico.

De imediato deve ficar estabelecido como premissa necessária à diferenciação entre dispositivos, regras, princípios e normas jurídicas, posto que dispositivo é o conteúdo formal, expresso, ditado pelo legislador. Isso é indispensável para o entendimento de que a vagueza na forma do dispositivo não se presta para caracterizar prontamente um princípio.

As prescrições normativas são generalizações abstratas produzidas pelos legisladores a partir de certos fatos da vida real, mas que por desconsiderarem outros aspectos materiais conservam a marca da imprecisão frente à complexidade e o dinamismo das relações fáticas.

A falta de correspondência entre texto e norma está bem demonstrada na lição de Capelletti (1999, p.21), ele sustenta que na vasta literatura ocidental volvida à temática da interpretação pacificou-se o entendimento de que, "... com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade e, pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação...".

Corrobora essa assertiva, mais uma vez Ávila (2004, p.26), numa inspiração de fundo heideggeriana no ponto, ao expor que "o intérprete reconstrói sentidos" e, ainda, "justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio". (grifo do autor)

Explicando agora os critérios distintivos anteriormente citados, o critério hipotético-condicional considera que as regras jurídicas descrevem uma hipótese e uma conseqüência que deverá ser aplicada nas decisões.

Na esteira desse critério, diz-se que as regras permitem uma leitura ao modo de *se* ocorrer o fato descrito abstratamente *então* deve ser aplicada a conseqüência prevista, do tipo procedural (antecedente e conseqüente). A regra antecipa a decisão, que assim é alcançada através de um processo mecânico ou quase mecânico, a relação entre regra e fato depende apenas da comparação, são os chamados casos fáceis ou rotineiros, conforme Steinmetz (2001, p. 87).

Reside nesse critério a preocupação em adequar uma situação fática a uma regra, basta um exemplo, que demonstre a relação *se ... então,* para revelar a simplicidade do critério. Ação de despejo por inadimplemento nos alugueres, pode o intérprete entender que o Art. 9º, II da Lei 8245/91 apresenta conteúdo hipotético e reconhecer: *se* o inquilino deixar de pagar o aluguel fixado no contrato, então o imóvel deverá ser desocupado por força da ação de despejo, desde que não ocorram as ressalvas legais como a purga da mora no prazo previsto.

Para o critério hipotético-condicional um princípio não descreve uma hipótese e não contém expressamente uma conseqüência a ser implementada em caso de vir a ser violado. Dito de outra forma, um princípio não revela diretamente um conteúdo comportamental, mas serve de fundamento para que um mandamento (entenda-se uma regra) seja encontrado.

Segundo tal critério, um princípio serve para orientar o aplicador do Direito a encontrar uma regra que seja aplicável ao

caso ou para suprir uma lacuna do ordenamento jurídico. Diante da excessiva produção legislativa, característica do *welfare state* (CAPELLETTI, 1999, p.39), a doutrina foi impondo aos princípios, em certa medida, uma função unificadora do Direito ou uma eficácia interpretativa (ÁVILA, 2004, p. 79) para ampliar ou restringir o sentido das regras.

Exemplificando, pode ser feita referência ao princípio da moralidade administrativa onde é impossível pensar-se um único preceito hipotético que possa encerrar tal norma jurídica. A aplicação do princípio vai depender de circunstâncias encontráveis somente na relação fática da Administração Pública com os particulares, na ocorrência de um contrato administrativo, por exemplo.

Assim, também o princípio da função social da propriedade não define uma hipótese para o aproveitamento de um bem particular, apenas orienta o proprietário a exercer seu direito de acordo com um fim e sinaliza limites ao direito de propriedade.

Nota-se que o plano de análise do critério hipotético-condicional revela a espécie normativa a partir da letra da norma, do enunciado contido na forma do dispositivo, contudo a existência de uma hipótese depende mais da formulação lingüística que de uma característica atribuível a um dispositivo cuja redação apresentou-se mais detalhada. Um dispositivo formalmente indeterminado, que ao primeiro olhar não indique uma hipótese fática pode ser reformulado de modo a indicá-la. O texto como objeto da interpretação não pode ser ele mesmo a solução do problema, cabe-lhe o papel de ponto inicial no caminhar interpretativo.

Nesse sentido, válido dizer que o dispositivo inscrito no art. 150, I da Constituição Federal de 1988, denominado de principio da legalidade tributária (MACHADO, 2000, p.34), pode ser lido hipoteticamente como regra, na forma: *se* o Estado intenta aumentar um tributo *então* deve ser criada uma lei observando os aspectos procedimental e substancial para majorá-lo.

O segundo critério apresentado – do modo final de aplicação – teve em Dworkin um de seus formuladores mais destacado. Ao lançar um ataque geral ao positivismo, parte aquele jusfilósofo da tese de que ao se debaterem questões jurídicas envolvendo conceitos não unânimes os juristas "recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões" (DWORKIN, 2002, p.36). A todos esses padrões aquele autor denominou genericamente de princípios e afirmou que a diferença entre princípios e regras "é de natureza lógica" (DWORKIN, 2002, p.39).

Na tese de Dworkin uma regra válida, isto é, uma regra promulgada segundo processo legislativo adequado e materialmente conforme a Constituição, que teve sua hipótese de incidência reproduzida em um fato concreto deve ser aplicada integralmente pelo julgador, a isso qualificou de modo de aplicação "tudo ou nada" (DWORKIN, 2002, p.39). Segundo esse critério, uma regra válida somente deixa de ser aplicada quando há exceção ditada pelo legislativo.

Na distinção sugerida pelo critério do modo final de aplicação um princípio não será aplicável ao modo tudo ou nada, pois ele não está descrevendo fatos abstratos o que dificulta uma leitura fixadora de comportamentos; então, no caso de o julgador decidir pela aplicação de um princípio foi porque esse "enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, ..." (DWORKIN, 2002, p.41).

Um princípio tende a propiciar razões para o julgador decidir favoravelmente a uma ou outra parte, razões de ordem

finalista (ÁVILA, 2004, p.40) para a argumentação e para a decisão, mas não antecipa qual comportamento será imposto para concretizar o fim almejado.

Quem aceita diferenciar as espécies normativas segundo o critério do modo de aplicação no mais das vezes confunde os fenômenos da incidência e da aplicação, por considerá-los um único passo no andar decisório, desprezando exemplos bastante comuns na jurisprudência onde a regra incide mas deixa de ser aplicada por motivos diversos que não estão previstos em exceções. Exemplo disso encontra-se em acórdão do STF no HC 73662 / MG, onde deixou de ser aplicado dispositivo do Código Penal definindo como estupro presumido conjunção carnal com menor de 14 anos[1].

Também foi baseado em razões que se decidiu ser imprescindível transfusão de sangue em pessoa quando essa medida prestar-se para salvar a vida do sujeito, ainda que contra as convicções religiosas do paciente ou de seus familiares, entenderam os desembargadores que o direito à vida precede o direito à liberdade, no caso, a religiosa[2]. O Tribunal não mencionou uma regra determinante da decisão, teve de encontrar razões a partir da comparação entre dois direitos concretamente ameaçados.

Criticando o critério do modo de aplicação, é possível afirmar que sem a consideração de circunstâncias individuais em um determinado caso, a aplicação desmesurada e automática de uma regra válida que incidiu perfeitamente pode afrontar os objetivos mais altos do ordenamento.

Para ilustrar as contradições que o critério do modo final de aplicação pode provocar, cita-se o caso de a mãe adotiva poder ou não gozar da licença à gestante prevista no art. 7º, XVIII CF88. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a distinção entre mãe biológica e mãe adotiva era tarefa do direito comum e não da Constituição[3], com essa omissão pode haver quem entenda que o Supremo deixou de dar aplicabilidade imediata a um dispositivo definidor de um direito fundamental que pela sua redação pode ser reconhecido como uma regra e aplicável de modo absoluto.

Sobre a matéria, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que os requisitos para concessão da licença maternidade devem ser lidos restritamente, limitando o beneficio ao caso de o adotado ser recém-nascido[4]. Tal decisão pode repercutir em sentido contrário ao das campanhas por adoção de crianças; porém, se o intérprete destacar a dimensão finalística do dispositivo constitucional é bem provável que estenda a licença à gestante para a mãe adotiva garantindo o estreitamento dos laços familiares com o filho adotado.

O terceiro critério vem a ser o do conflito normativo, no qual também assume particular relevância a lição de Dworkin. Em linhas gerais, considera-se que regras opostas estão em conflito e a solução pode ser encontrada dentro do próprio sistema jurídico[5], a resposta para resolver o problema do conflito entre regras consiste em saber qual das regras está dentro do ordenamento jurídico? A regra aplicável será aquela validamente contida no sistema, então as regras entram em conflito no plano abstrato e a solução se dá no plano da validade entre regras.

Entre princípios não há conflito, há um imbricamento, uma colisão que deve ser resolvida na dimensão do peso ou importância, ponderando cada princípio em relação ao caso em concreto. Não há como estabelecer uma mensuração exata e permanente no peso atribuído a um princípio e o julgamento sempre será objeto de controvérsias, mesmo porque os princípios conservam-se válidos ainda que num caso concreto tenham sido dimensionados a menor, podendo em outro caso aquele princípio outrora preterido prevalecer em função do contexto fático.

Para o critério do conflito normativo o conflito entre regras estaria no plano abstrato e a colisão entre princípios no plano concreto, mas a questão não é tão simples. No plano abstrato quando duas regras entram em conflito a solução pode ser encontrada com a declaração de invalidade de uma delas, importando sua exclusão do ordenamento jurídico de modo peremptório.

A prática jurídica demonstra que a questão é um pouco mais complexa, os princípios da liberdade de expressão e da privacidade podem chocar-se mesmo em nível abstrato: uma regra que obriguem médicos a informarem o estado de saúde ao paciente pode abstratamente colidir com a regra que lhes imponham o dever de adotar todos os meios para salvar o paciente caso este venha a ter agravada a doença ao receber tal notícia.

Conexa ao problema das colisões entre princípios e dos conflitos entre regras surge a questão em torno da possibilidade de choque entre princípio e regra, concebível no momento em que ambos são normas jurídicas.

Segundo Dworkin não há choque entre um princípio e uma regra, "as regras representam uma espécie de compromisso [...] entre princípios concorrentes" (DWORKIN, 2002, p.121), ele afirma que as regras versando sobre usucapião são como um reflexo do princípio que veda o locupletamento por ato ilícito, a exigência de lapso temporal para garantir o direito de propriedade representa o caráter compromissório entre aquele princípio e o princípio do direito a propriedade. Assim, a revogação ou manutenção de uma regra depende da ponderação de princípios e não da comparação dos pesos entre princípio e regra.

Para os teóricos que vislumbram choque entre uma regra e um princípio há duas correntes opostas de opiniões. Grande parte da doutrina, levados pela euforia do modelo jurídico principial, entende que na colisão entre regra e princípio, vence o segundo.

A violação a um princípio importaria desrespeito a vários comandos normativos que teriam nele o fundamento e representaria o desprezo aos mais elevados valores do ordenamento jurídico, de modo que para os defensores dessa tese cumpre revogar a regra que viola o princípio ou entender que a aplicação dela fica suspensa para o caso.

Outra corrente doutrinária propõe que a colisão seja resolvida a favor das regras, em virtude do conteúdo preliminar de sentido revelar-se na mais ampla descrição comportamental lançada no dispositivo, não parece correto atribuir aos princípios constitucionais superioridade frente às regras constitucionais, particularmente as emanadas do constituinte originário, afinal como diz Rothenburg (1999, p.63): "Quando a incompatibilidade surgir entre princípios e regras, estando ambos estampados na Constituição, estas é que deverão prevalecer."

Finalmente o critério axiológico faz dos princípios a materialização dos valores mais importantes em uma sociedade, elevando a espécie ao grau máximo na hierárquica normativa, a ponto de Bonavides lançar: "Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o *regimen*, a ordem jurídica" (BONAVIDES, 2003, P.289).

Contudo, valores para alguns juristas, basicamente os de tendência liberal, são apontados como os conteúdos fantasmagóricos (DWORKIN, 2002, p. XIV) da ordem constitucional, pois autorizam os juízes a criarem direitos novos e acenam para um contexto de insegurança jurídica. Na verdade, não são apenas os princípios que possuem conteúdo valorativo, as regras ainda que não possam incorporar valores servem para cristalizá-los a ponto de o critério axiológico não servir plenamente a distinção.

Repita-se, todos os critérios apresentados acima não distinguem entre texto e norma, mas a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de significados previamente dados, nem a distinção entre princípios e regras transparece da simples leitura dos dispositivos constitucionais.

A cláusula normativa é o ponto de partida, onde o intérprete vai encontrar o significado mínimo de termos ditados pelo uso ordinário da linguagem, mas vai servir também como limite para a atividade do intérprete que não pode desvirtuar o processo hermenêutico a ponto de conferir a um termo sentido oposto ao notoriamente conhecido na linguagem comum ou técnica.

Na vigente Carta Constitucional brasileira, muitos dispositivos cuja redação foi mais amplamente formulada podem ser interpretados num caso como princípio e noutro caso como regra. Mais que isso, propõe Ávila uma "dissociação em alternativas inclusivas" (AVILA, 2004,. p. 60) onde defende que os dispositivos podem permitir mais de uma formulação de sentido, a interpretação pode conduzir a geração de uma regra, um princípio ou mesmo um postulado.

Aquele autor ilustra essa assertiva comentando sobre o Art. 5º *caput* da Constituição Federal de 1988, referente à igualdade. Dele é possível extrair uma regra de comportamento impeditiva de discriminações, ou inferir um princípio cuja aplicação tenha a destinação de assegurar o valor igualdade, por último pode ser atribuída uma dimensão metódica ao dispositivo a exigir do intérprete uma comparação entre alguns elementos contidos nas normas ou nos fatos analisados.

Eis aqui o ponto chave para a resposta aos embates entre princípios, entre regras ou ainda entre princípios e regras, os postulados normativos são desenvolvidos pela doutrina, inúmeras vezes com a denominação de princípios, como elementos estruturantes de aplicação das normas jurídicas, são apontados como critérios materiais de justiça a serviço do controle racional e intersubjetivo das decisões judiciais e serão objeto de análise no próximo tópico.

3. Postulados Normativos Aplicativos

Os conflitos entre as regras e os princípios jurídicos que vêm sendo examinados até o momento não encontram, *a priori*, outra solução senão as ditadas pelos critérios do modo final de aplicação e do conflito normativo. Para as regras a aplicação tudo ou nada e para os princípios a aplicação gradual, critérios mais vinculados a forma dos dispositivos que a dimensão relevante para o aplicador do direito: se a dimensão comportamental ou a dimensão finalística da norma.

Mas os dispositivos normativos podem assumir ainda uma dimensão metódica (AVILA, 2004*,* p.60), revelada sempre pela atuação interpretativa, essa terceira dimensão assumível por um dispositivo pode ter serventia para resolver os conflitos entre princípios segundo métodos controláveis intersubjetivamente e não dependentes da atribuição de peso a um deles.

Nesse tópico serão analisados os postulados normativos aplicativos, eles são recursos argumentativos que estruturam a aplicação das normas jurídicas pelo exame da interação entre vários elementos presentes na relação entre dispositivo, norma (enquanto gênero) e realidade, a ponto de encontrar respostas aos conflitos normativos escudadas em fundamentação suficientemente forte para afastar subjetivismos do julgador.

Os postulados podem ser classificados em dois grandes grupos (AVILA, 2004, p. 94), segundo a determinabilidade dos elementos considerados, os postulados inespecíficos e os postulados específicos;

este trabalho limita-se a estudar os postulados do segundo grupo.

O enquadramento da proporcionalidade tanto como regra quanto como princípio tem sido objeto de muitas opiniões divergentes na doutrina jurídica. Há quem pretenda a classificação da proporcionalidade como principio com características peculiares, outros argumentam no sentido de identificá-la como uma forma específica de regra e há quem proponha uma terceira espécie de norma.

Nesse trabalho optou-se por seguir a corrente teórica que afirma ser o modo de atuação da proporcionalidade diferente da atuação das regras ou dos princípios, sendo mais adequado classificá-la em um grupo a parte onde também vão estar a razoabilidade e a igualdade.

Assim, tentou-se mostrar que a aplicação de uma norma jurídica não se identifica com o momento em que ela incide e a definição de um dispositivo como regra ou princípio não acontece de imediato posto que depende da atribuição de sentido ao enunciado normativo.

Tanto as regras quanto os princípios estão dirigidos a comportamentos humanos de modo direto ou indireto, respectivamente, mas nem sempre são identificados no início da atividade interpretativa e no caso dos princípios somente ao fim do processo interpretativo a definição de qual o comportamento vai concretizar o direito será manifestada.

Já os postulados normativos estruturam os deveres de aplicação das espécies normativas, não impõe obrigações e não estabelecem direitos, entretanto será dos postulados que o intérprete extrairá argumentos que justificam deixar de aplicar uma regra válida que incidiu perfeitamente, neles buscará a justificação afirmar que um princípio pesou mais que o outro em determinado caso, mas principalmente nos postulados o jurista colherá fundamentos para aproximar as normas jurídicas do mundo real.

Dos três postulados normativos específicos que se pretende analisar o primeiro será o postulado da igualdade. A Constituição brasileira de 1988 revela a importância da idéia de igualdade, pois já no preâmbulo a eleva ao *status* de um dos valores supremos da ordem jurídica nacional.

Enquanto postulado normativo, a serviço do dever de estruturar a aplicação das regras ou dos princípios, importa considerar que o exame da igualdade depende do relacionamento entre sujeitos, da existência de um critério a tratar diferentemente esses sujeitos e da existência de uma finalidade justificadora da diferenciação.

Considerando os elementos vinculados aos sujeitos de direito, por exemplo, o sexo, a idade, a capacidade mental, a capacidade econômica, é que podem ser admitidas previsões em editais de concursos públicos limitando a idade para ingresso em certas carreiras profissionais.

Outro exemplo de bastante repercussão e debates envolvendo a idéia de igualdade deu-se na tramitação e julgamento perante o STF da ADIN3324, questionando a inconstitucionalidade de artigo da Lei Federal 9536/97 com a alegação da ocorrência de tratamento diferenciado quando das transferências dos militares garantindo-lhes o ingresso, ou de seus dependentes, em universidades públicas, independentemente da instituição de origem.

O critério de diferenciação que serviu para apoiar a decisão unânime do plenário não foi o fato do servidor ser militar ou civil, pois todos os servidores públicos têm direito a transferência obrigatória, o que determinou o tratamento igualitário foi o critério da congeneridade da instituição de ensino superior, de universidade pública para pública e de universidade privada para privada, ainda assim trata-se de um critério a distinguir sujeitos.

Na seqüência de análise dos postulados aparece agora o postulado da razoabilidade, muitas vezes confundido com o postulado da proporcionalidade e com o princípio do devido processo legal.

A separação entre os dois postulados pode ser alcançada com atenta investigação de quais elementos serão pesados em cada um dos postulados. A razoabilidade será aplicada em caso de conflito entre uma situação geral e outra especial, enquanto a proporcionalidade vai avaliar a relação entre meio e fim. Não é fácil reconhecer as diferenças entre os dois postulados e a jurisprudência do STF utiliza os dois conceitos como uma mesma coisa[6].

A razoabilidade vai servir como diretriz na relação entre uma norma geral e o caso concreto, impondo ao jurista a consideração daquilo que normalmente acontece frente o caso individual. Isso ficou bem demonstrado nas decisões do STF impondo aos legislativos municipais a observância do Art. 29 e incisos da Constituição Federal versando sobre limites mínimos e máximos na composição das Câmaras de Vereadores[7], o normal de acontecer seria a quantidade de vereadores guardar proporção com a população do município.

Ainda, a razoabilidade importa na aproximação da norma com a realidade, pretende harmonizar um enunciado normativo com as condições materiais indispensáveis a concretizar um direito formalmente estipulado. Para ilustrar bem essa função do postulado da razoabilidade pode ser lembrada a proposta de reajuste dos salários e aposentadorias dos servidores públicos apresentada ao Congresso Nacional pelo Presidente da Republica[8], onde o índice sugerido foi de 0,1%.

O projeto de lei do Executivo Federal cumpre formalmente o dispositivo inscrito no Art. 37, X da CF88, porém não encontra correspondência com a realidade onde a desvalorização dos salários provoca a perda do poder aquisitivo diante dos aumentos de preços e da elevada carga tributária.

A respeito da dimensão metódica que o intérprete pode colher do dispositivo citado é possível afirma que tal dimensão pode estar contida na parte textual onde consta: *assegurada revisão geral anual*. Desde que seja entendido que o sentido da expressão *revisão* serve para indicar atualização, equiparação à realidade, há uma conformação com a função que esta sendo atribuída ao postulado da razoabilidade; entender a expressão no sentido de impor apenas um olhar contemplativo faz com que o dispositivo constitucional retorne ao estado de princípio moral sem virtude jurídica para concretizar o direito dos servidores públicos.

Finalmente passa-se a comentar sobre o postulado da proporcionalidade. Trata-se de tema bastante complexo tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Há divergências quanto a origem e controvérsias sobre o modo de funcionamento desse postulado que na teoria aparenta uma simplicidade sem equivalência quando de sua aplicação na prática.

A origem do postulado pode ser encontrada no direito norte-americano a partir da cláusula do devido processo legal ou no direito alemão na teoria do Estado de Direito (MENDES, 2001, p.2).

O aproveitamento do postulado da proporcionalidade está concentrado em aferir a compatibilidade de medidas legislativas com os fins constitucionalmente previstos. A Constituição brasileira recepciona as duas idéias, o preceito do devido processo legal inscrito no Art. 5º , LIV e o Estado Democrático de Direito previsto no *caput* do Art. 1º, evitando dúvidas a respeito da recepção ou não do postulado da proporcionalidade no ordenamento jurídico nacional.

Quanto ao modo de funcionamento o postulado da proporcionalidade precisa

para ser operacionalizado de uma relação de causalidade entre o meio, quer dizer, a medida concreta adotada para a realização de um direito e o fim, a finalidade, enquanto realização de um estado desejado de coisas (AVILA, 2004, p.112). O exame que deve ser procedido consiste na resposta a questões pertinentes a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito na vinculação entre meio e fim.

A avaliação da adequação perquire se o meio abstratamente projetado para assegurar um direito consegue promover o fim pretendido; quanto ao aspecto da necessidade o postulado vai levar o interprete a questionar a existência de meios alternativos ao que foi concretamente adotado e, por terceiro, relativo a proporcionalidade em sentido estrito as perguntas formuladas visam descortinar se as vantagens na adoção da medida superam as desvantagens.

Ainda que sejam aspectos diferentes inseridos dentro do mesmo postulado a adequação não apresenta a mesma relevância que a necessidade no juízo de ponderação (MENDES, 2001, p.4), quando o intérprete percebe que uma medida possibilita atingir determinado fim deve ainda assim continuar o exame e verificar a existência de outro meio menos restritivo aos demais direitos afetados; resumindo, pode ser dito: o que é adequado pode ser necessário, porém tendo-se uma medida por necessária não pode ela ser inadequada.

Colacionando julgados escudados no postulado da proporcionalidade o STJ apreciou em mandado de segurança[9] a demissão de servidor público da policia federal em razão de processo disciplinar instaurado pela acusação de envolvimento do servidor em fraudes na obtenção do porte de arma. Entendeu o relator pela suspensão da demissão dada a desproporção da medida, já que o servidor havia atuado em apenas quatro num universo de mais de trezentos processos de avaliação para obter porte de arma. Aprofundando um pouco a analise da decisão para aproxima-la do que vem sendo exposto, o relator considerou que o meio (demissão) ainda que adequado para realizar o fim (punir servidor que comete fraude) não é necessário, outra pena pode alcançar a finalidade de maneira menos gravosa ao indivíduo.

A nível de STF também cabe destacar julgamento onde a proporcionalidade serviu para amparar declaração de inconstitucionalidade da Lei 1949, de 22 de janeiro de 1999, do Estado do Mato Grosso do Sul que instituiu beneficio de assistência social no valor de um salário mínimo pagável ao filho(a) gerado(a) de estupro. Em decisão não unânime prevaleceu a posição reconhecendo a inadequação do meio (beneficio de assistência social) para atingir o fim (atender a quem necessita), o fato da gravidez decorrer de estupro não permite enquadrar o filho nascido como necessitado de tal beneficio[10].

Outro exemplo de aplicação do postulado da proporcionalidade encontra-se em julgado do Tribunal de Justiça gaúcho[11], um agravo de instrumento interposto em processo de separação tentando assegurar a admissibilidade de gravação sonora como meio probatório fundante do pedido. No primeiro grau de jurisdição foi ordenado o desentranhamento da prova por ilícita já que fora produzida sem o conhecimento da outra parte, mas tal decisão foi reformada pelos Desembargadores da sétima Câmara Cível, e da ementa se extrai o seguinte trecho:

O direito à intimidade, como qualquer outro, não se pode sobrepor de maneira absoluta a outros dignos da tutela judiciária, podendo submeter-se ao direito à prova, também constitucionalmente assegurado, *aplicando-se o princípio da proporcionalidade*, aqui se ponderando favoravelmente os interesses ligados à reta administração da justiça e sacrificando-se a privacidade. (grifo nosso).

O Pretório sul-rio-grandense parece ter entendido que o meio empregado como prova para revelar a verdade da relação fática levada a juízo preenche o requisito da adequação, conduz ao fim desejado, mais que isso, não restringiu de maneira desproporcional o direito à intimidade a ponto de dever ser buscado outro meio de prova, sendo, portanto, um meio necessário a promover o fim, permitindo a conclusão de que admitir a gravação como prova traz mais vantagens do que desvantagens à solução do caso.

Ao empregar os postulados da igualdade, da proporcionalidade ou da razoabilidade a fundamentação apresentada deve ser suficiente para demonstrar que a decisão não foi uma escolha segundo as concepções pessoais dos juízes, mas uma tentativa de captar o sentido do texto normativo para construir regras ou princípios que, aplicadas aos casos concretos segundo a estruturação propiciada pelos postulados, garanta um tratamento sério aos direitos que a sociedade consensualmente inscreve em sua Lei Suprema.

4. Conclusão

A norma jurídica é o nome genérico dado às regras, aos princípios e também aos postulados normativos aplicativos. De acordo com a dimensão que o intérprete considera apresentar maior relevância é que poderá ser apontada a espécie de norma jurídica aplicada ao caso fático.

Sendo relevante a dimensão comportamental de um enunciado normativo, então se trata de regra jurídica; quando a dimensão destacada é a finalística, aplicado foi um princípio; mas, se o relevo mais acentuado de um dispositivo for o metódico, a espécie é o postulado.

Não é somente a dimensão relevante que vai permitir reconhecer uma regra ou um princípio, pois vários outros critérios permitem distinguir essas duas espécies: o critério hipotético-condicional, o critério do modo final de aplicação, o critério do conflito normativo e o critério axiológico.

A solução dos conflitos normativos muitas vezes não se resolve apenas com a aplicação de uma regra à moda tudo ou nada, ou porque se considera que um princípio enquanto valor positivado permita considerar revogada uma regra.

Para empreender a superação de tais problemas os postulados normativos estruturam o dever de aplicação das regras e dos princípios, fornecem elementos para o intérprete desenvolver uma argumentação, controlável intersubjetivamente, capaz de justificar a aplicação ou não dessas espécies normativas. Os postulados específicos examinam elementos determinados.

O postulado da igualdade pondera relação entre o critério diferenciador e finalidade da diferença estabelecida entre sujeitos; o postulado da razoabilidade investiga a normalidade de uma medida adotada, sua vinculação com a realidade; por fim o postulado da proporcionalidade avalia a relação causal entre meio e fim, pelo exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito entre os dois elementos. Com isso, pensa-se que ainda é possível a dedução de respostas de um sistema complexo como o direito, justificáveis pelo sujeito (manifestação de uma subjetividade) e comunicável aos demais, dando-se na interação a possibilidade de aferição e o controle racional e intersubjetivo da interpretação

REFERÊNCIAS

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

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 34ª ed. São Paulo: Globo, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Normatividade dos princípios e o principio da dignidade da*

pessoa humana na Constituição de 1988. *In Revista de Direito Administrativo* vol. 221. jul.-set 2000, Rio de Janeiro: Renovar.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
BRASIL. *Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.
CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999.
COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 1997.
DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo.*3ª ed. Madri: Alianza editorial, 1982.
GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: SAFE, 1997.
LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 18ª ed. São Paulo; Malheiros, 2000.
MENDES, Gilmar. *O principio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. *Revista Dialogo Jurídico,* Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 5, agosto de 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 30 de novembro de 2004.
MORAIS, José Luís Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: O Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho.* 22ª ed. São Paulo: LTr, 1996.
ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais.* Porto Alegre: SAFE, 1999.
STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 69
SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

NOTAS

[1] Acórdão disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia/

[2] Disponível em www.tj.rs.gov.br. Apelação cível 595000373, relator Sérgio Gischkow Pereira.

[3] RE 222560 AgR, relator Min. Carlos Velloso, 2ª Turma. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia/

[4] RMS 12504/MS, relator Min. Jorge Scartezzini, 5ª Turma. Disponível em www.stj.gov.br/jurisprudencia/

[5] "Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais especifica ou outra coisa desse gênero". DWORKIN. *Op. cit.* p. 43.

[6] Ver voto Min. Ilmar Galvão na ADI 2019-6. Disponível em /www.stf.gov.br/jurisprudencia/

[7] RE 2666994/SP, relator Min. MAURICIO CORREA. Disponível em www.stf.gov.br.

[8] Disponível em www.jbonline.terra.com.br/jb/papel/brasil/2005/02/28/jorbra20050228008.html.

[9] MS 7983, relator Min. Hélio Quaglia Barbosa. Terceira Seção do STJ. Disponível em www.stj.gov.br.

[10] ADI 2019-6, relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia/.

[11] Agravo de Instrumento n.º 70005967740, 7ª Câmara Cível. Presidente e Relator José Carlos Teixeira Giorgis. Revista de Jurisprudência do TJRS, edição N.º 226/227 - Jan./Fev. / 2004. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em 17 de março de 2005.