

TEORIA DA NORMA JURÍDICA: PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS NORMATIVOS

Renan BRAGHIN¹
Rodrigo Lemos ARTEIRO²

RESUMO: Este trabalho de pesquisa aponta a diferenciação entre os institutos normativos, não se importando apenas com o plano teórico, pois a pesquisa traz elementos eminentemente aplicáveis ao caso fático. No caso dos princípios e das regras a pesquisa ressalta o modo que cada uma destas espécies normativas trabalha para que se alcance o fim visado, apontando seus pontos em comum e dissimilaridades para a adequação e incidência de cada uma delas no caso concreto. Aos postulados normativos, além da diferenciação conceitual e estrutural em relação aos princípios e regras, o artigo versa pela demonstração dos diferentes postulados e a sua importância como veículo de justiça às aplicações de uma norma pelo intérprete.

Palavras-chave: Hermenêutica Constitucional. Teoria da Norma. Princípios. Regras. Postulados normativos.

INTRODUÇÃO

O presente estudo pautado em um método discursivo dialético entre as diferentes proposições da Teoria da Norma na evolução científica do Direito, através de um método dedutivo – partindo da teoria geral para as peculiaridades de cada espécie normativa – traz subsídios necessários aos operadores do direito, atuantes em qualquer área, pois trata de assunto geral da Ciência Jurídica.

Preocupou-se, ainda que de forma sucinta, na explanação da moderna Teoria da Norma Jurídica utilizando de uma construção contraposta entre as principais teorias contemporâneas relacionadas ao tema.

Primou-se ainda, em trazer as diferentes finalidades que apontam os princípios e as regras, inclusive seus métodos de aplicação e incidência. Por fim,

¹ Discente do 8º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista pela mesma instituição. Mestrando em Ciências Jurídicas pela “UENP-Universidade Estadual do Norte do Paraná”. Orientador do trabalho.

foram abordados os principais postulados normativos, sua estruturação, e os métodos utilizados na aplicação, legitimando-os como veículos para a justa aplicação dos princípios e das regras.

1 HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA “NEOCONSTITUCIONAL”

Os movimentos sociais decorrentes da Segunda Guerra Mundial determinaram o repensar de diversas áreas do saber humano, e, no âmbito jurídico, deu início à silenciosa e vigente revolução na ciência do direito.

Deixou-se de lado a ideia meramente política do texto constitucional, atribuindo força normativa, caráter vinculante e obrigatoriedade à Constituição;

Surgiu assim um novo movimento constitucional, pautado na supremacia da constituição e inspirado no modelo norte americano do *judicial review*, caindo por terra, nos países de cultura ocidental, a figura do parlamento (Poder Legislativo) como ocupante do topo da hierarquia dos poderes.

A este modelo compreende-se, dentre outros, a imutabilidade dos direitos fundamentais, ditos *cláusulas pétreas*, intocáveis no sentido de restrição ou diminuição de sua efetividade e abrangência.

Esta Expansão da Jurisdição Constitucional em meados do século XX, atrelada a já então consolidada ideia de um Estado Democrático de Direito, soma-se a um novo interpretar das leis constitucionais, uma nova Hermenêutica Constitucional.

A tais fatores, reunidos, dedica-se a escola juris-filosófica do pós-positivismo, que concilia a *razão científica* do positivismo puro à *razão de justiça* do jusnaturalismo, aproximando o direito da lei e da filosofia.

1.2 Ultrapassando as Barreiras da Objetividade

À ideia de um novo *standart* constitucional, em que o legislador originário muito se valeu de normas genéricas, ou cláusulas gerais, para alcançar as nuances das fáticas, torna inócua a aplicação do método tradicional para a interpretação das normas jurídicas.

Exigiu-se do Judiciário mais do que a mera adequação fática ao descritivo legal. O método da *subsunção* não poderia ser aplicado ante a necessidade de se interpretar o dispositivo, em razão da sua proposital imprecisão.

Assim doutrina Luís Roberto Barroso (2010, p. 308-309):

Na interpretação constitucional contemporânea, a *norma* jurídica já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para a determinação do seu sentido. É o que se resulta da utilização, frequente nos textos constitucionais, da técnica legislativa que recorre a cláusulas gerais. E, em segundo lugar, porque vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo – que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos –, sendo, na verdade, o produto da interação texto/realidade.

Para exemplificar, diante de um conflito normas, em que duas ou mais normas jurídicas conflitantes seriam aplicáveis ao caso concreto, o magistrado deveria se pautar de critérios como a hierarquia, a cronologia e a especialidade. No entanto, ante a pluralidade de cláusulas gerais contidas na Constituição, na ocasião em que a narrativa fática se encaixe em duas ou mais normas do texto originário da Carta Magna, tais critérios não seriam válidos. Qual destas seria hierarquicamente, cronologicamente ou especialmente prevalente? Nenhuma.

A norma jurídica constitucional dada como cláusula geral, implica na ampla atuação do intérprete, a fim de construir seu sentido – sem desprezar seu conteúdo semântico –, pautado nas circunstâncias do caso fático para fazer incidir seus efeitos.

O objetivismo do critério tradicional torna nula qualquer possibilidade de subjetivismo nas decisões judiciais, que, embora priorize a segurança jurídica, a qual não se pode desprezar, gera um impasse entre a decisão correta e a decisão justa.

Não se pretende ter o “critério do justo” como científico ou determinável, mas demonstrar seu caráter filosófico e social. Ademais, o sentido de justiça guarda identidade com o ímpeto de cada individual.

No entanto, é impossível imaginar que se possa afastar o caráter subjetivo das decisões judiciais, pois, nas palavras de George Marmelstein: “o julgador não é uma máquina, mas um ser humano”. E mais: “ao contrário que se possa parecer, a sensibilidade do juiz não é um aspecto negativo a ser afastado a qualquer custo, mas uma virtude que humaniza a atividade jurisdicional, desde que utilizada com sabedoria” (2008, p. 358-359).

Também não há de se admitir que o julgador se utilize da função que lhe é conferida por um Estado Democrático de Direito para, atentando contra as posições jurídicas subjetivas das partes, proferir decisões desprovidas de critérios, conforme seu bem entender.

O ideal é a busca de um ponto de equilíbrio entre tais fatores, determinantes em toda decisão judicial, pois, se a decisão isenta de subjetividade será sempre correta e por vezes injusta, a decisão isenta de objetividade por vezes será justa, mas nunca correta.

Se a objetividade afasta a possibilidade do justo, e a subjetividade – impossível de ser afastada – se contrapõe à segurança jurídica, indispensável o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

1.3 O Dever Constitucional da Fundamentação

É corolário do Sobreprincípio do Estado Democrático de Direito e do Princípio da Ampla Defesa, o dever constitucional dos magistrados em motivar as decisões judiciais.

Os pronunciamentos judiciais são atos públicos, de sorte que deve se exigir do Estado a clareza e a explanação racional de seus atos, em razão do quinhão de liberdade que cada indivíduo se desprende no convívio em sociedade.

Da mesma sorte, as decisões devem ser motivadas ante a possibilidade de serem atacadas, no acaso daqueles que são desfavorecidos pelo pronunciamento judicial poderem dela se defender.

Ao se tratar de direitos fundamentais, o dever do magistrado de motivar suas decisões é multiplicado.

Como visto, as inúmeras cláusulas gerais contidas no corpo da Constituição Federal, a fim de beneficiar o prestígio do caso concreto, para a busca de uma solução justa e adequada, necessitam de uma grande carga de interpretação por conta do aplicador do direito para aplicá-la ao caso concreto, pacificando o conflito de interesses.

Embora tais normas não indiquem a conduta a ser observada pelo intérprete para a obtenção da pretensão almejada, não significa dizer que a decisão deva se desprender de elementos objetivos na construção de sua interpretação.

A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos (BARROSO, 1998, p. 256).

Este método criterioso a ser utilizado pelo magistrado na construção de uma norma dita cláusula geral, deve ser pormenorizadamente demonstrado no pronunciamento judicial.

Este dever de demonstração da consequência lógica do pronunciamento judicial decorre daquilo que a doutrina chama de *reserva de consistência*. Como assevera o alemão Peter Häberle:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediado (Zwischenträger). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva de consistência (Vobehalt der Bewahrung), devendo ela, no caso singular, mostra-se adequada e apta a fornecer justificativas variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais (1997, p. 42).

O método de interpretação e aplicação a ser observado pelo intérprete deverá ser instrumentado, dentre outros, por aquilo que Humberto Ávila chama de Postulados Normativos Aplicativos (2010, p.124), uma espécie normativa de segundo grau, utilizada para a interpretação e aplicação dos princípios e regras (espécie normativa de primeiro grau).

No entanto, a compreensão do que se entende por Postulados Normativos Aplicativos depende do estudo das outras espécies normativas.

2 TEORIA DA NORMA

A discussão da distinção das espécies normativas não é recente. Não há como precisar a origem, mas é certo que as obras do americano Ronald Dworkin, sobretudo o livro “Levando os Direitos a Sério” – que questiona o modelo clássico do positivismo e a incongruência em se admitir um ordenamento jurídico composto só por regras – pode ser considerado como ponto-marco à evolução da teoria.

Dworkin propõe que os princípios, ao lado das regras, também têm caráter normativo.

Entretanto, há construções sobre a teoria da norma em obras de Friedrich Müller, Josef Esser, Peter Häberle, Robert Alexy, dentre outros.

O alemão Robert Alexy, em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais” faz uma reconstrução do proposto por Dworkin, estruturando de forma criteriosa as espécies normativas regras e princípios, estabelecendo critérios de precedência e ponderação entre os princípios.

No ordenamento jurídico pátrio, tais teorias só tomaram ampla relevância ao final do século XX.

Destarte as obras *supracitadas* serem obras de demasiada importância ao estudo do direito, a teoria da norma tem evoluído substancialmente desde Alexy e a doutrina pátria majoritária não se atentou às evoluções, ainda se referindo as teorias de Dworkin e Alexy como um fim em si mesmo.

Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva talvez sejam os autores brasileiros que mais exploraram o estudo sobre a Teoria dos Princípios.

Ávila, em sua obra “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, traz uma proposição própria e coerente desse estudo, que será aqui utilizada como obra base.

2.1 Considerações Iniciais

O estudo das espécies normativas havidas no direito pátrio implica, de antemão, na necessidade de distinguir dispositivo, texto ou enunciado normativo e norma jurídica.

Para tanto, parte-se da premissa que o direito não se confunde com a ciência do direito. A grosso modo, pode-se dizer que o direito é um sistema de normas decorrente de grupos de pessoas reunidos em sociedade para regular a própria sociedade, enquanto que a ciência do direito é ramo da ciência que tem o direito por objeto.

Em se tratando de Ciência do Direito, muitas vezes, para compreender o texto de lei, não basta a simples conjectura literal, pois, se assim fosse, bastasse ao operador do direito a simples técnica da leitura.

Portanto, não é correto afirmar que a existência de um dispositivo legal, implica, necessariamente, na existência de uma norma jurídica.

Conforme Barroso (2010, p. 194), “dispositivo é um fragmento de legislação, uma parcela de um documento normativo. Pode ser o *caput* de um artigo, um inciso, um parágrafo”.

A norma jurídica é construída através do trabalho de interpretação do texto de lei.

Assevera José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p.1204):

O recurso ao «texto» para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre texto e norma. Isto é assim mesmo em termos linguísticos: o texto da norma é o sinal «linguístico»; a norma é o que se «revela» ou se «designa».

Os dispositivos legais devem ser interpretados de forma sistemática, para que deles se extraia a norma jurídica propriamente dita.

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos (Ávila, 2010, p. 30).

Há dispositivo legal que da sua interpretação seja possível extrair uma ou mais normas jurídicas. Entretanto, é possível que da análise de outro dispositivo legal não seja possível extrair qualquer norma. Ainda, é possível que para a existência de certa norma seja necessário que se interprete vários dispositivos em conjunto.

Cabe ao intérprete extrair do texto de lei as possíveis normas jurídicas existentes.

Tal afirmativa, no entanto, não está a sugerir que ao intérprete se permita a livre explanação do texto, conforme sua vontade e concepção, para a construção da norma.

O operador do Direito, na interpretação do dispositivo legal, conforme Ávila (2010, p. 33), “não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso” (grifo nosso). Neste sentido, explica Ávila (2010, p. 33), não pode o intérprete se valer da palavra “provisória” aplicando o sentido de “ampla”, e vice-versa.

Atenta-se, no entanto, que a existência de um pré-conceito estabelecido ao sentido das palavras, ou à forma com que elas foram aplicadas, não indica que a construção da norma pelo intérprete deve-se dar numa atividade de subsunção entre o texto de lei e à sua aplicação; isto é, não basta a aplicação da norma pelos significados a esta previamente incorporada, sem a ponderação das peculiaridades do caso concreto.

A elucidação da distinção das espécies normativas depende dos critérios utilizados na interpretação de cada uma delas.

É preciso ter em mente que não há especificidade entre uma espécie normativa sobre a outra, até mesmo porque existem normas jurídicas que podem ser interpretadas como regra, como princípio ou organizada como um postulado normativo.

2.2 Princípios

A Teoria do Direito moderno se depreende do modelo de um ordenamento jurídico composto apenas por regras para introduzir aquilo que se pretendia com o jusnaturalismo, a aproximação entre Direito e Ética.

A ideia de um direito neutro, separado da moral, culminou com o fracasso dos governos absolutistas da Alemanha e da Itália, onde o rigorismo e objetividade da lei eram utilizados para autorizar condutas criminosas.

O repensar pós-guerra (segunda mundial) do ordenamento jurídico passa a classificar os princípios como espécies normativas.

Os princípios, antes contemplados como meros enunciados de boas intenções, os quais deveriam ser tomados por base no exercício de qualquer função estatal e eventualmente utilizados como forma de solução de lacunas legislativas, nas linhas atuais são tidos como o coração do ordenamento jurídico.

Tanto as regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de norma. (ALEXY, 2008, p. 87)

Inegável é a existência de axiomas subjacentes ao intérprete na construção da norma jurídica. Não se trata de proibir que se refira a tais valores como princípios, mas de demonstrar que princípios, no contexto de norma jurídica, vão além, gerando eficácia e oponibilidade *erga omnes*.

A conceituação de princípios como normas de alto grau de generalidade, de baixa densidade, pois facilmente moldáveis ao caso concreto, ou de princípios como institutos basilares, como pilares do ordenamento jurídico, neste estudo será desconsiderada devido à generalidade adotada na conceituação que, ao final, nada os define, dando margem a uma grande influência subjetiva do intérprete na construção da norma.

2.2.1 A Posição de Ronald Dworkin

O americano Ronald Dworkin, em obra clássica da filosofia jurídica (*Taking Rights Seriously*, originalmente publicada em 1977), critica o positivismo jurídico apresentando, de forma prática, as incongruências de um sistema composto somente por regras.

Apesar de defender a existência dos princípios, revela que, de forma diversa das regras, os princípios não poderiam ser aplicados diretamente para a solução do caso concreto, pois “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2007, p. 40).

Assim, os princípios não determinam a solução, mas apontam os fundamentos a serem somados para alcançá-la.

Inova ao dizer que os princípios têm uma dimensão de peso, pois quando entra em conflito com outro princípio, prevalecerá aquele que tem maior peso para a decisão, diante do caso concreto, sem anular o outro no plano abstrato.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.

(...)

Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (DWORKIN, p. 42-43).

2.2.2 A Posição de Robert Alexy

Robert Alexy desenvolve um importante estudo acerca dos princípios, conceituando-os como mandamentos de otimização, sendo aplicáveis de forma gradual, na máxima medida possível, ao caso concreto.

(...) *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY 2008, p. 90).

Segundo o alemão, são aplicáveis de forma gradual pois os princípios apenas determinam deveres *prima facie*, mas não descrevem qual o caminho a ser percorrido para a obtenção do que se pretende.

Assim, conforme o caso concreto, os princípios são mais ou menos aplicados, e no caso de colisão entre princípios, deve-se ponderar ante as características do caso em concreto para determinar qual deles tem o “maior peso”.

2.2.3 A Posição de Humberto Ávila

A proposição de Humberto Ávila sobre a Teoria da Norma, que estuda os princípios de forma estruturada, estabelecendo critérios racionais para sua aplicação e diferenciação de outras normas jurídicas.

Humberto Ávila parte de uma construção tripartite de critérios para distinguir os princípios e as regras, chamado por ele de normas de primeiro grau.

Vejamos o conceito de princípio segundo Ávila (2010, p. 78-79):

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

Assim, a primeira característica de um princípio é o seu conteúdo desejável, isto é, a finalidade imediata de um princípio é o apontamento de um estado ideal de coisas a ser promovido. Por isso os princípios são normas finalísticas: visam diretamente o alcance de um fim.

Por ser uma norma que visa imediatamente um fim, os princípios não descrevem os comportamentos necessários à obtenção do conseqüente estado ideal de coisas objetivado.

Conforme Ota Weinberger (1989) apud Ávila (2010, p. 79), “a instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim”.

Não se adquire de um estado ideal de coisas sem a realização de condutas aptas a sua promoção. Disto, extrai-se a finalidade mediata dos princípios: a indireta adoção de condutas necessárias para a sua efetivação.

Veremos no subitem seguinte que as regras exigem a adoção imediata de condutas para a sua aplicabilidade. No caso dos princípios, mesmo que haja uma

indireta adoção de condutas para a realização do estado ideal de coisas visado, estas não são especificadas.

A adoção de condutas pelos princípios é genérica e diretiva. É necessário que as condutas estejam em nítida correlação com o fim pretendido, questionando se cada uma delas “deve ser” eficaz para que se obtenha o estado de coisas visado.

Pode-se afirmar-se que os princípios visam, de forma direta, a promoção de um estado ideal de coisas a ser promovido e, de forma indireta, a adoção dos comportamentos que necessários para a obtenção do fim.

Uma vez que não há a especificação das condutas a serem adotadas, a aplicação de um princípio depende de uma pluralidade de normas a serem utilizadas de forma conjunta, indicando um caráter complementar do princípio.

Os princípios consistem em normas *primariamente complementares e preliminarmente parciais*, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não tem a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. (ÁVILA, 2010, p 76).

É desta forma que se diz que toda regra tem um princípio subjacente e todo princípio tem uma regra subjacente.

Importa ainda dizer que o estado de coisa a que aponta um princípio muitas vezes entrará em conflito com o estado de coisas visado por outro princípio, de forma que os princípios convivem em constante conflito, mesmo no âmbito abstrato.

Não é correto afirmar, porém, que um princípio anule o outro mesmo quando escolhido em detrimento diante da aplicação do caso concreto. Os princípios embora em constante conflito, ainda coexistem.

Doutra forma, o estado de coisas que aponta um princípio pode se confundir em parte com o estado de coisas que aponta outro princípio.

Posto isto, o estado de coisas de um princípio pode abarcar ou entrar em conflito com o estado ideal visado por outro princípio. Portanto, os princípios por vezes se entrelaçam, por vezes convivem em conflito.

O princípio que aponta um estado ideal de coisas em que se abarcam os estados ideais de diversos outros princípios recebe o nome de Sobreprincípio.

No caso de colisão entre os princípios, o intérprete deve se valer de um minucioso processo de ponderação para aplicar aquele que melhor se amolde diante das circunstâncias do caso concreto.

Em Teoria da Norma, não se fala na existência de uma norma absoluta, aplicável de forma automática diante da ocorrência de algum caso fatídico. Em relação aos princípios tal a afirmativa prevalece.

Ao se dizer que numa colisão entre princípios prevalecerá aquele que tiver o maior peso, deve-se saber que se trata de sua aplicação no caso concreto, pois, quando analisados de forma abstrata, não há sobreposição de um princípio ao outro.

Não se ignora que há princípios que abstratamente falando tem precedência sobre outros, como é o caso do Sobreprincípio da Dignidade da Pessoa Humana. No entanto, essa percepção, de cunho altamente subjetivo, será desconsiderada ao momento em que são levadas em conta as peculiaridades do caso concreto para a solução do conflito.

Logo, cada circunstância do caso concreto é elemento hábil à escolha do princípio que prevalecerá sobre o outro diante da solução do conflito, como ensina Alexy (2005) apud Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 50-51):

Esse conceito costuma ser expresso da seguinte forma: '($P_1 \mathbf{P} P_2$) C'. Isso significa, pura e simplesmente, que nos casos de colisão entre dois princípios – P_1 e P_2 – o princípio P_1 prevalece sobre o princípio P_2 apenas nas condições daquele caso C . É possível – e provável -, contudo, que em uma situação C' seja o princípio P_2 que prevaleça sobre o princípio P_1 , ou seja: '($P_2 \mathbf{P} P_1$) C'. Apesar de se tratar, nos dois casos, dos mesmos princípios não é possível formular, em abstrato, uma relação de precedência entre eles. Essa relação é sempre condicionada à situação concreta.

O intérprete deve se valer de um critério de ponderação para determinar qual princípio prevalecerá sobre o outro. A utilização desse critério, no entanto, deve se dar de forma rigorosa, de modo que não se torne ferramenta hábil aos simples anseios do intérprete. É o que diz Jestaedt (1999) Ávila (2010, p. 121-122):

O essencial é que, mesmo havendo ponderação, ela deverá indicar os princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), efetuar a ponderação (ponderação) e fundamentar a ponderação feita. E nessa fundamentação deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre o outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção

de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados.

Pela breve exposição, é possível resumir os princípios como normas jurídicas que apontam para o futuro, para o estado de coisa que se pretende, predispondo que, para tanto, deve-se valer de condutas adequadas à obtenção do fim. São normas de caráter complementar, tendo a regra como norma subjacente. No caso de colisão com outros princípios, são as casuísticas do caso concreto que determinará qual deverá prevalecer, sem que resulte na exclusão do princípio não aplicado do ordenamento jurídico.

2.3 Regras

2.3.1 A Posição de Ronald Dworkin

Segundo Ronald Dworkin (2007, p. 39-41), as regras tem aplicabilidade “tudo-ou-nada”, isto é, ou a regra é válida e conseqüentemente aplicada, ou não. A regra incide obrigatoriamente pela ocorrência de um fato, em uma espécie de automatização. É o chamado método da subsunção.

Para Dworkin (2007, p. 43), é possível que num plano abstrato haja duas regras contraditas entre si, sendo que o conflito normativo gerado em um caso concreto deve ser solucionado pela declaração de invalidade de uma delas, extirpando-a do ordenamento jurídico.

Dworkin admite que num conflito de regras antagônicas aplicáveis ao mesmo caso concreto, a solução possa se dar pela inserção de uma cláusula de exceção, que permita a aplicação de uma em detrimento da outra sem que seja declarada a invalidade de qualquer delas.

No entanto, embora possam existir exceções, estas não são criadas pelo intérprete, devendo a própria regra expressamente elenca-las.

Assim, quando duas regras aplicáveis ao mesmo caso são apenas parcialmente incompatíveis, seria possível a inserção de uma cláusula de exceção, no caso de incompatibilidade total, tornar-se-ia uma delas sem validade.

2.3.2 A Posição de Robert Alexy

Alexy (2008, p. 92-93) reconstrói sem muitas modificações a teoria de Dworkin. Para ele, as regras também devem ser aplicadas na sua totalidade diante da incidência de um fato que se amolde ao enunciado normativo, sem que haja qualquer sopesamento ou ponderação acerca dos escopos da norma e dos fatos, sendo aplicáveis, portanto, num processo de subsunção.

Reafirma a aplicação “tudo-ou-nada” de uma regra, de modo que na existência de um conflito entre regras, necessariamente, haverá a declaração de invalidade de uma delas, seja de forma total, seja de forma parcial.

O que se ressalta da obra de Alexy é que as regras nunca podem ser ponderadas, como acontece com os princípios, seriam aplicadas mediante um processo de subsunção.

2.3.2 A Posição de Humberto Ávila

Vejamos o conceito trazido por Ávila (2010, p. 78):

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

Contrariamente aos princípios, “*as regras são normas imediatamente descritivas*, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta” (ÁVILA, 2010, p. 71).

Se os princípios são normas que apontam para um estado ideal de coisas sem descrever as condutas necessárias para a sua obtenção, a finalidade imediata das regras é justamente a adoção específica do comportamento, baseado

em seu conteúdo eminentemente deontico, para a consequente obtenção do fim pretendido.

Enquanto os princípios tem característica de complementariedade, devida a generalidade da adoção de condutas necessárias ao fim, as regras são “preliminarmente decisivas e abrangentes” (ÁVILA, 2010, p. 76), de forma que estabelecem precisamente o comportamento a ser adotado, dispensando, no mais das vezes, a afluência de outras normas para sua aplicação e a maior necessidade de justificação.

As regras possuem, em vez disso, pretensão terminativa, na medida em que, sobre pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, tem a pretensão de gerar uma solução específica para a questão. (HAGE, 1997 apud ÁVILA, 2010, p. 77).

Bem pela natureza decisiva das regras, a justificação de sua aplicação se dá numa “avaliação de *correspondência* da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte” (SUMMERS, 2000 apud ÁVILA, 2010, p. 73).

Tal disposto não se confunde com a tese dworkiana “tudo-ou-nada” de aplicação das regras. Muito embora o próprio enunciado que dá suporte a norma sirva de justificativa para sua aplicação, a regra pode ser afastada ou adaptada levando-se em conta a finalidade da norma, situação que implica numa maior necessidade de justificação.

Assim, as regras e as casuísticas do caso prático se submetem a um processo de ponderação de valores, de forma a questionar se a aplicação da norma em sua totalidade cumpre a sua própria finalidade, mesmo que para tanto se desconsidere seu conteúdo semântico.

Por exemplo, imagine-se uma legislação que proíba os motoristas de táxi e de lotação de conduzirem passageiros acompanhados de animais, especialmente de cães. Se algum veículo for surpreendido conduzindo animais, o proprietário será obrigado a pagar uma multa. A citada norma, dentro do modelo classificatório aqui esquadrinhado, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta: se o motorista permitir o ingresso de animais no veículo, e a regra for válida, a penalidade deve ser imposta. Apesar disso, o Departamento de Trânsito poderá deixar de impor a multa para os casos em que os passageiros são cegos e precisam de cães-guia.

(...)

Quando há uma divergência entre o conteúdo semântico de uma regra (por exemplo, proibição de entrada de cães em veículos de transporte) e a justificação que a suporta (por exemplo, promover a segurança no trânsito), o intérprete, em casos excepcionais e devidamente justificáveis, termina

analisando razões para adaptar o conteúdo da própria regra. (ÁVILA, 2010, p. 74).

Portanto, mesmo que na maioria das vezes a própria regra é justificada a sua aplicação, não se aplica às regras o processo da subsunção, sendo também submetidas à ponderação.

Ávila (2010, p. 52-64) traz que as regras, assim como os princípios, em situações excepcionais, podem ser ponderadas diante de um conflito normativo, em que a solução se daria com a análise do peso que cada uma delas representa no caso específico.

A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso (PECZENIK, 1989, ÁVILA, 2010, p. 58-59).

A ponderação, no caso das regras, deve ser feita de forma ainda mais minuciosa que a dos princípios, pois é inegável o caráter de aplicabilidade imediata atinente às regras, decorrente da sua própria característica descritiva.

Já no caso das regras a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a *trincheira* decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas. (SCHAUER, 2004 apud ÁVILA, 2010, p.49).

Segundo Humberto Ávila (2010, p. 53-54), aplicar a cláusula de exceção, por assim dizer, necessariamente se dá por um processo de ponderação, pois ao analisar as particularidades de um caso concreto, afastou-se a aplicação de uma regra na escolha da outra, onde a regra afastada foi essencial à aplicação, mesmo que como simples parâmetro.

De outra forma, uma regra pode ser sopesada mesmo que não haja antinomia no ordenamento jurídico. Justifica-se, pois, conforme Ávila (2010, p. 57), a ponderação também deve incidir sobre as finalidades da regra e não apenas de sua aplicação literal.

O que importa é que a questão crucial, ao invés de ser a definição dos elementos descritos pela hipótese normativa, é saber quais os casos em que o aplicador pode recorrer à razão justificativa da regra (*rule's purpose*), de modo a entender os elementos constantes da hipótese como meros indicadores para decisão a ser tomada, e quais os casos em que ele deve manter-se fiel aos elementos descritos na hipótese normativa, de maneira a compreendê-los como sendo a própria razão para a tomada de decisão,

independentemente de existência de razões contrárias (ÁVILA, 2010, p. 57-58).

Para ilustrar, vejamos o exemplo uma regra trazida por Schauer (1991) apud Ávila (2010, p. 57) que pode ser ponderada independentemente de um conflito de normas, mas apenas se baseando na finalidade da regra:

A proibição de entrada de cães em restaurantes deve-se ao fato de que os cidadãos normalmente possuem cães e que eles, via de regra, causam mal-estar aos clientes. Qualquer cão está proibido de entrar. E se for um filhote recém-nascido, enrolado numa manta dos braços da dona? Um cão empalhado? Um cão utilizado pela Polícia para encontrar drogas ou um suspeito do tráfico de drogas? Nesses casos, o aplicador, em vez de meramente focalizar o conceito de 'cão', deverá avaliar a razão justificativa da regra para decidir pela sua incidência. Sendo a razão justificativa da regra que proíbe a entrada de cães e a proteção do sossego e da segurança dos clientes, poderá decidir a respeito da aplicação da regra aos casos mencionados.

Desta forma, as regras são normas jurídicas imediatamente descritivas, indicando de forma específica as condutas necessárias para a realização do fim desejado. São normas iminentemente decisivas, pois quase independem da conjunta aplicação com outras normas. Sua aplicação se dá em correspondência com o caso concreto, afastando a aplicação por subsunção.

2.4 Postulados Normativos Aplicativos

Até o presente momento estudou-se as normas jurídicas como objeto de aplicação, que pressupõem, de forma imediata ou mediata, um resultado a ser obtido.

Toda aplicação, no entanto, pressupõe um método, uma análise procedimental de solução de problemas.

A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de *postulados*. (EISLER, 1994 apud ÁVILA, 2010, p. 123-124).

A doutrina e a jurisprudência apontam várias soluções para a aplicação de normas objeto. A própria Lei de Introdução ao Código Civil traz algumas regras de hermenêutica.

Há algumas normas, no entanto, que não são passíveis de aplicação diante do método tradicional, como apontado anteriormente. Daí decorre a necessidade de outros métodos para estruturar a aplicação de tais.

Admitindo-se nomear como postulado aquilo que estrutura e organiza a aplicação de um objeto, constata-se que o estudo e aplicação do direito se deparam com dois tipos de postulados: os hermenêuticos, utilizados para questões internas e abstratas do ordenamento jurídico, e os aplicativos, que se destinam à aplicação das normas-objeto no caso concreto (ÁVILA, 2010, p. 123-126).

Os postulados hermenêuticos orientam o intérprete para a melhor compreensão, aplicação e a inter-relação das normas no ordenamento jurídico.

Os postulados aplicativos, por outro lado, têm caráter normativo e se valem como método para a aplicação dos princípios e das regras no caso concreto.

Para os fins deste estudo, serão analisados apenas os postulados normativos aplicativos, justamente pela sua característica normativa, os quais serão aqui referidos apenas como postulados normativos.

Partimos de uma definição de postulado normativo trazida por Ávila (2010, p.124):

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas.

Enquanto os princípios e regras eram normas aplicativos, os postulados normativos visam, de forma sistemática e criteriosa, o modo com que os primeiros serão aplicados.

Assim, embora todos – princípios, regras e postulados normativos – sejam subespécies do gênero norma, não se confundem.

Se os postulados são processos metódicos, sempre haverá uma norma que será submetida ao processo, neste caso, as normas-objeto. Deste modo, pode-se dizer que os postulados normativos são superiores metodicamente às regras e princípios, como metanormas.

Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação.
(...)

Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo). (ÁVILA, 2010, p. 124).

Assim, conforme Ávila (2010, p. 144) os postulados normativos organizam e estruturam os elementos, inter-relacionando-os, para que se aplique a melhor decisão ao caso concreto.

Existem postulados que se aplicam sem que se especifiquem os elementos que serão relacionados, e não exigem a adoção critérios predefinidos para a sua organização e aplicação.

Nessas hipóteses os postulados normativos exigem o relacionamento entre elementos, sem especificar, porém, quais são os elementos e os critérios que devem orientar a relação entre eles. (...) razão pela qual serão denominados, neste estudo, de *postulados inespecíficos* (ou incondicionais). (ÁVILA, 2010, p. 144).

Há aqueles, no entanto, que para sua aplicação devem-se seguir determinados critérios, que estabelecem especificamente os elementos que serão objetos de relacionamento.

Nessas hipóteses os postulados normativos exigem o relacionamento entre elementos específicos, com critérios que devam orientar a relação entre eles. Também são postulados normativos formais, mas relacionados a elementos com espécies determinadas, razão pela qual são denominados, neste estudo, de *postulados específicos* (ou condicionais). (ÁVILA, 2010, p. 145).

Passamos a análise de cada um deles.

2.4.1 Postulados normativos inespecíficos

Os postulados inespecíficos atuam como método para aplicação dos elementos, embora não especifique os elementos a serem organizados e estruturados. Conforme Peczenik (199) apud Ávila (2010, p. 144) “Constituem-se, pois, em meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores de aplicação”.

2.4.1.1 Ponderação

Segundo Marmelstein (2008, p. 386): “A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou

opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais da hermenêutica não se mostram suficientes”.

A ponderação é espécie de postulado normativo inespecífico, pois não traz critérios lógicos para a sua aplicação ou quais os elementos que são passíveis de ser ponderados.

A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referencia a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, valores, de princípios, de fins, de interesses. (ÁVILA, 2010, p. 145).

O postulado da ponderação exige um sopesamento de valores que se imbricam, para determinar se aquela norma-objeto incidente terá ou não eficácia, de forma parcial ou total.

Ensina Ávila (2010, p. 145-147) que o processo de ponderação, embora não traga critérios para sua realização, é indispensável que o aplicador se valha de um método. Ensina Steinmetz (2001) apud Ávila (2010, p. 145) que “é preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios”.

Através dos elementos de um único objeto que se entrelaçam (bens jurídicos, interesses, valores, princípios), embora o postulado não traga quais os elementos que deverão ser relacionados, é possível o intérprete construir um processo metódico para a sua efetiva aplicação.

O intérprete deve identificar as diversas soluções normativas para o caso, examinar os fatos do caso concreto e, diante disso, ponderar entre os diversos elementos determinantes para a solução do caso.

Em suma, deve o aplicador individualizar os elementos que serão ponderados, realizar o sopesamento de forma fundamentada e, ao final, reconstruir a ponderação formulando regras de relação.

2.4.1.2 Concordância prática

A concordância prática é utilizada como método de otimização de valores opostos, de forma que haja um sopesamento em que, diante do conflito, se resguarde o máximo de cada um deles. É uma busca de equilíbrio entre valores opostos.

Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles. (ÁVILA, 2010, p. 147).

Assim, diante da solução de um conflito que corresponde a dois valores parcial ou completamente opostos, o intérprete pode se valer deste postulado para otimizá-los, encontrando o equilíbrio entre eles, necessário ao caso prático.

No livro do professor George Marmelstein (2008, p. 390-391) há o relato de um caso na Espanha em que foi utilizada a concordância prática para a solução do conflito.

Em suma, era a ocasião de presos que faziam greve de fome como forma de protesto. O Estado não poderia negar o direito dos presos de protesto, pois decorre da Autonomia de Vontade destes, e também não poderia por em risco a Integridade Física daqueles reclusos. A solução se deu na determinação de intervenção médica forçada se ocorresse algum risco de morte. “Ou seja, a autonomia da vontade foi respeitada até o momento em que entrou o conflito com o direito à vida” (MARMELESTEIN, 2008, p. 391).

Da mesma forma que a ponderação, o postulado da concordância prática não traz os elementos a serem relacionados, objetos da otimização a ser feita.

2.4.1.3 Proibição de excesso

A proibição de excesso organiza a relação de elementos de forma a impedir que a aplicação de um direito fundamental aniquile outro direito fundamental.

Não existem valores absolutos no nosso modelo de sistema jurídico, sendo passível que até o mais fundamental dos direitos seja mitigado em situações de excepcionalidade.

É da própria característica de um ordenamento onde vige o postulado hermenêutico da unicidade que a existência de um direito fundamental implica, necessariamente, em restrições impostas por outro direito fundamental.

O postulado normativo da proibição de excesso atua, sem indicar os critérios, de maneira a coibir que um direito fundamental seja restringido, minimizando-o à insignificância.

A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio (competência estatal para instituir impostos) não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra (proteção da propriedade privada). (TIPKE, 1993 apud ÁVILA, 2010, p.148).

Vale dizer que a aplicação do postulado da proibição de excesso se dá pela constatação de que um direito fundamental está sendo limitado em seu núcleo essencial. Não importa as causas da restrição, isto é, não se faz uma análise meio-fim, a aplicação do postulado só se preocupa se há ou não uma restrição excessiva de um direito fundamental.

2.4.2 Postulados normativos específicos

A aplicação dos postulados normativos específicos predispõe a existência de elementos e critérios específicos para a sua inter-relação. A utilização destes postulados está condicionada a presença discriminada de certos requisitos.

2.4.2.1 Igualdade

O postulado normativo da igualdade organiza as normas jurídicas a partir de um “*critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado” (ÁVILA, 2010, p.153).

Assim, dois objetos analisados podem ser iguais ou não a depender do critério utilizado e da finalidade da diferenciação.

Duas pessoas podem ser iguais ou diferentes segundo o critério da idade: devem ser tratadas de modo diferente para votar na alguma eleição, se uma tiver atingido a maioria não alcançada pela outra; devem ser tratadas igualmente para pagar impostos, porque a concretização dessa finalidade é indiferente à idade. (ÁVILA, 2010, p. 152).

Para ilustrar, uma lei que determinasse que só mulheres pudessem participar dum concurso seletivo para o cargo de policial feminino não feriria o postulado da igualdade ou da isonomia. Isto porque se deve analisar a finalidade da lei. Logicamente, não há de se admitir que homens pudessem preencher a vaga de policial feminino (MARMELESTEIN, 2008, p. 406).

A se depender do fim pretendido, a análise se deparará com critérios de diferenciação específicos, sendo que, somente desta forma, se promoverá igualdade nas relações entre os elementos objetos da estruturação.

2.4.2.2 Razoabilidade

O postulado normativo da razoabilidade estrutura e organiza a aplicação de normas jurídicas objetos, sobretudo as regras.

Dentre os critérios estabelecidos pelo postulado da razoabilidade, está o “(...) dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade” (grifo nosso) (ÁVILA, 2010, p. 161).

O intérprete deve considerar, no mais das vezes, que as nuances do caso concreto estão de acordo com o usual, com o que se espera, não podendo decidir em desfavor do sujeito por simples presunção subjetivada.

Por outro lado, não pode se aplicar a frieza da generalidade da lei em situações que o caso específico demande certa especificidade, pois os fins que pretendidos pela própria regra não se imperariam se aplicados no caso específico. É uma questão de atuação em relação ao princípio da justiça.

Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada. (HAGE, 1997, apud ÁVILA, 2010, p. 156-157).

Assim, conforme Ávila (2010, p. 157) “(...) a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para a sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma”.

Não é razoável a lei que exija deveres ou obrigações que não correspondam aos fatores sociais, até mesmo porque o objeto do direito é regulamentar as relações sociais, de modo que se exija a correlação entre uma norma e a realidade social, econômica e cultural.

Outro critério trazido pelo postulado da razoabilidade é a exigência de “uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada” (Zancaner, 2001 apud Ávila, 2010, p. 159).

A própria noção de igualdade pressupõe que os desiguais devam ser tratados na medida de suas desigualdades. Deveras, não pode uma lei diferenciar sem justo embasamento um grupo de pessoas, aplicando-as vantagens ou desvantagens, exigindo-se, portanto um “critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada” (ÁVILA, 2010, p. 159).

Por fim, outro critério trazido pelo postulado da razoabilidade é da exigência de “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona” (ÁVILA, 2010, p. 160).

Aqui, a título de ilustração, pode-se avocar o direito penal, na teoria do crime, em que a pena imposta pelo Estado deve ser equivalente ao grau de culpabilidade do agente na prática do ato delituoso, não se aceitando a demasiada disparidade entre a conduta tipificada e a pena aplicada.

2.4.2.3 Proporcionalidade

O postulado normativo da proporcionalidade estrutura a aplicação de princípios que se conflitam em uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável, conforme Jakobs (1985) apud Ávila (2010, p. 164).

Segundo Maurer (1999) apud Ávila (2010, p. 164) “se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio”.

A estruturação do postulado da proporcionalidade permite a melhor aplicação diante de um problema de causa e efeito em um imbricamento de princípios.

Para tanto, o postulado da proporcionalidade “exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável” (ÁVILA, 2010, p. 167).

Conforme Ávila, (2010, p. 161 - 173) um meio é adequado quando promove o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor ou o mais seguro. Um meio é necessário se dentre todos os outros meios possíveis à solução, este é o

menos lesivo aos direitos fundamentais. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito pressupõe que o fim, por mais que o meio seja adequado e necessário, não pode ser menos relevante que as restrições geradas nos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

O estudo pautado na Teoria da Norma e a consequente diferenciação pontual entre as espécies normativas implica como base necessária a formação intelectual do operador do direito. Resta fundada que a diferenciação aqui trazida não importa somente aos teóricos do direito.

Aquele que se lança ao estudo técnico de um ordenamento jurídico deve carregar consigo, em sua bagagem intelectual, as conclusões advindas da Teoria da Norma, de forma que as utilize como ferramenta hábil a solução dos diversos enclaves em que a resposta não se funda no debate dos direitos material ou processual, mas na compreensão do próprio ordenamento, de forma a identificar ou aplicar corretamente as normas jurídicas.

É nítida a correlação da utilidade prática deste estudo e o sentido de Justiça, que deve ser inerente a qualquer intérprete do direito.

A aplicação de normas através de uma análise de mera subsunção pode ocasionar lesão gravíssima à justa prestação jurisdicional, pois por vezes as casuísticas merecem melhor tratamento que a fria adequação normativa, inócua de critérios ou métodos para sua aplicação.

Também é nítida a correspondência do tema com o dever de fundamentação das decisões, pois estruturar e organizar a aplicação das normas jurídicas, como fazem os postulados normativos, é fundamentar pela aplicação de uma norma em detrimento de outra, pela incidência dos efeitos de uma norma ou não.

Por outro lado, o estudo aqui apresentado legitima a argumentação jurídica, combatendo equívocos cada vez mais frequentes em teses pautadas exclusivamente por “princípios”, inconsistentemente assim chamados, como se os princípios fossem grandes mantos que cobrissem qualquer hipótese argumentativa.

O que se propõe não é se adotar como absoluta verdade os critérios neste estudo elencados, mas a relevância de uma proposição pautada em uma aplicação estrutural do tema.

Destarte o desafio de cada vez mais aproximar o direito da sociedade, simplificando mecanismos necessários ao acesso à justiça, pelos intérpretes do direito o que se prima é o estudo de uma ciência, de modo que não se possa fazê-lo de modo superficial, desprovido de elementos inerentes à própria técnica.

Assim o estudo criterioso das normas jurídicas se impõe necessário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 6. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

DWORKIN, Ronald. Tradução Nelson Boeira. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. Presidente Prudente, 2007, 110p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.