

Humberto Ávila

TEORIA DOS PRINCÍPIOS

*da definição
à aplicação dos princípios jurídicos*

*20ª edição,
revista e atualizada*

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A ideia deste trabalho deve-se à repercussão que a publicação de artigos sobre os princípios jurídicos obteve no meio jurídico.¹ A essa somou-se uma outra razão: o constante relevo que a distinção entre *princípios* e *regras* vem ganhando nos debates doutrinários e jurisprudenciais.

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

A primeira delas é a própria distinção entre princípios e regras. De um lado, as distinções que separam os princípios das regras em virtude da estrutura e dos modos de aplicação e de colisão entendem como *necessárias* qualidades que são meramente *contingentes* nas referidas espécies normativas. Ainda mais, essas distinções exaltam a importância dos princípios – o que termina por apequenar a função das regras. De ou-

1. Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *MDA* 215/151-179, e “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, *RTDP* 24/159-180.

tro lado, tais distinções têm atribuído aos princípios a condição de normas que, por serem relacionadas a valores que demandam apreciações subjetivas do aplicador, não são capazes de investigação intersubjetivamente controlável. Como resultado disso, a imprescindível descoberta dos comportamentos a serem adotados para a concretização dos princípios cede lugar a uma investigação circunscrita à mera proclamação, por vezes desesperada e inconsequente, de sua importância. Os princípios são reverenciados como *bases* ou *pilares* do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los.

A segunda questão que provoca a tonicidade é a falta da desejável clareza conceitual na manipulação das espécies normativas. Isso ocorre não apenas porque várias categorias, a rigor diferentes, são utilizadas como sinônimas – como é o caso da referência indiscriminada a *princípios*, aqui e acolá baralhados com *regras*, *axiomas*, *postulados*, *ideias*, *medidas*, *máximas* e *critérios* –, senão também porque vários postulados, como se verá, distintos, são manipulados como se exigissem do intérprete o mesmo exame, como é o caso da alusão acrítica à *proporcionalidade*, não poucas vezes confundida com *justa proporção*, com *dever de razoabilidade*, com *proibição de excesso*, com *relação de equivalência*, com *exigência de ponderação*, com *dever de concordância prática* ou, mesmo, com a própria *proporcionalidade em sentido estrito*.

A terceira questão que causa perplexidade é a classificação das normas em regras ou princípios, como se isso fosse suficiente, por si só, para resolver todos os problemas de interpretação e aplicação do Direito. De um lado, ignoram-se os problemas relativos a essa própria classificação. Basta apontar, em caráter meramente exemplificativo, a possibilidade de que a partir de um único dispositivo normativo sejam reconstruídas diferentes normas, sem que isso implique dizer que um dispositivo possa ser manipulado pelo intérprete para servir de base para o estabelecimento de uma regra ou um princípio para a mesma situação e sob o mesmo aspecto, a depender do seu interesse no caso concreto. De outro lado, a homogeneidade conceitual mínima é utilizada para esconder a heterogeneidade eficaz das normas, sejam elas regras ou princípios. Agrupam-se as normas em duas espécies e ignoram-se as diferenças existentes intraespécies. No entanto, justamente porque as normas, sejam elas regras ou princípios, não exercem a mesma função, não se situam no mesmo nível e não têm a mesma eficácia, não se pode tratá-las de modo uniforme, desconsiderando essas diferenças relevantes.

NORMAS DE PRIMEIRO GRAU: PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1 Distinções preliminares: 2.1.1 Texto e norma – 2.1.2 Descrição, construção e reconstrução. 2.2 Panorama da evolução da distinção entre princípios e regras. 2.3 Critérios de distinção entre princípios e regras: 2.3.1 Critério do “caráter hipotético-condicional”: 2.3.1.1 Conteúdo – 2.3.1.2 Análise crítica – 2.3.2 Critério do “modo final de aplicação”: 2.3.2.1 Conteúdo – 2.3.2.2 Análise crítica – 2.3.3 Critério do “conflito normativo”: 2.3.3.1 Conteúdo – 2.3.3.2 Análise crítica. 2.4 Proposta de dissociação entre princípios e regras: 2.4.1 Fundamentos: 2.4.1.1 Dissociação justificante – 2.4.1.2 Dissociação abstrata – 2.4.1.3 Dissociação heurística – 2.4.1.4 Dissociação em alternativas inclusivas – 2.4.2 Critérios de dissociação: 2.4.2.1 Critério da natureza do comportamento prescrito – 2.4.2.2 Critério da natureza da justificação exigida – 2.4.2.3 Critério da medida de contribuição para a decisão – 2.4.2.4 Quadro esquemático – 2.4.3 Proposta conceitual das regras e dos princípios – 2.4.4 Análise do uso inconsistente da distinção fraca entre regras e princípios – 2.4.5 Análise do uso inconsistente da distinção forte entre regras e princípios – 2.4.6 Diretrizes para a análise dos princípios: 2.4.6.1 Especificação dos fins ao máximo: quanto menos específico for o fim, menos controlável será sua realização – 2.4.6.2 Pesquisa de casos paradigmáticos que possam iniciar esse processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à sua realização – 2.4.6.3 Exame, nesses casos, das similaridades capazes de possibilitar a constituição de grupos de casos que girem em torno da solução de um mesmo problema central – 2.4.6.4 Verificação da existência de critérios capazes de possibilitar a delimitação de quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e de quais são os comportamentos considerados necessários à sua realização – 2.4.6.5 Realização do percurso inverso: descobertos o estado de coisas e os comportamentos necessários à sua promoção, torna-se necessária a verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise – 2.4.7 Exemplo do princípio da moralidade – 2.4.8 Eficácia dos princípios: 2.4.8.1 Eficácia interna: 2.4.8.1.1 Conteúdo – 2.4.8.1.2 Eficácia interna direta – 2.4.8.1.3 Eficácia interna indireta – 2.4.8.2 Eficácia externa: 2.4.8.2.1 Conteúdo –

2.4.8.2.2 *Eficácia externa objetiva* – 2.4.8.2.3 *Eficácia externa subjetiva* – 2.4.9 *Eficácia das regras*: 2.4.9.1 *Eficácia interna*: 2.4.9.1.1 *Eficácia interna direta* – 2.4.9.1.2 *Eficácia interna indireta* – 2.4.9.2 *Eficácia externa*: 2.4.9.2.1 *Eficácia seletiva* – 2.4.9.2.2 *Eficácia argumentativa* – 2.4.9.3 *Superabilidade das regras*: 2.4.9.3.1 *Justificativa da obediência a regras* – 2.4.9.3.2 *Condições de superabilidade*. 2.5 *O convívio entre princípios e regras*. 2.6 *A força normativa dos princípios*. 2.7 *A distinção condicionada entre princípios e regras*.

2.1 *Distinções preliminares*

2.1.1 *Texto e norma*

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.¹ O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem direta e suficientemente os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.

Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se reconstrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa. Outro exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: o Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade

1. Riccardo Guastini, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, p. 16, e *Dalle Fonti alle Norme*, pp. 20 e ss.

daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O dispositivo fica mantido, mas as normas reconstruídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas. Então há dispositivos a partir dos quais se pode construir mais de uma norma.

Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é reconstruída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e ser construída uma só norma.

E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro.

2.1.2 *Descrição, construção e reconstrução*

Essas considerações que apontam para a desvinculação entre o texto e seus sentidos também conduzem à conclusão de que a função da Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado, quer na perspectiva da comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto, quer naquela da intenção do seu autor.

De um lado, a compreensão do significado como o conteúdo conceitual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto.² A questão nuclear disso tudo está no fato de

2. Riccardo Guastini, “Interprétation et description de normes”, in Paul Amselek (org.), *Interprétation et Droit*, pp. 97-98.

que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos –, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso.³

Essas considerações levam ao entendimento de que a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados.⁴ Em razão disso, também não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.⁵

Todavia, a constatação de que os sentidos são reconstruídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral.⁶ Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem.⁷ Miguel Reale faz

3. Friedrich Müller, “Warum Rechtslinguistik? Gemeinsame Probleme von Sprachwissenschaft und Rechtstheorie”, in Wilfried Erbguth, Friedrich Müller, e Volker Neumann (orgs.), *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand’Heur*, p. 40; Manfred Herbert, *Rechtstheorie als Sprachkritik. Zum Einfluß Wittgensteins auf die Rechtstheorie*, p. 290.

4. Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3ª ed., pp. 26, 60, 78, 80 e 82; Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 14ª ed., p. 8.

5. Eros Roberto Grau, *Ensaio...*, pp. 82 e ss.; Arthur Kaufmann, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., pp. 37 e ss., e “Die ipsa res iusta”, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., p. 58.

6. Ludwig Wittgenstein, *Tratado Lógico-Filosófico – Investigações Filosóficas*, p. 263; Aulis Aarnio, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, p. 113.

7. Cf. Marlene Zarader, *Heidegger et les Paroles de l’Origine*, p. 54; Ernildo Stein, “Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras”, in Urbano Zilles (org.), *Miguel Reale: Estudos em Homenagem a seus 90 Anos*, p. 489.

uso da *condição a priori intersubjetiva*: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado.⁸ Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem. Como lembra Aarnio, termos como “vida”, “morte”, “mãe”, “antes”, “depois”, apresentam *significados intersubjetivados*, que não precisam, a toda nova situação, ser fundamentados. Eles funcionam como condições dadas da comunicação.⁹ Seria impossível e aqui nem seria o lugar para discutir profundamente o antagonismo entre o objetivismo e o construtivismo ou entre o realismo e o nominalismo.¹⁰ Mesmo assim, é importante dizer que as condições de uso da linguagem funcionam como condições dadas da comunicação.¹¹ “Expressions acquire their meaning when language is used” – afirma Aarnio.¹² Bydlinsky sustenta semelhante argumento: “Praticamente, a comunicação linguística humana é de tal modo construída, que, dentro de determinados limites, com determinadas palavras dos membros de uma dada comunidade linguística são vinculadas as mesmas ideias”.¹³

Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. Expressões como “provisória” ou “ampla”, ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentidos que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam: *provisória* não será aquela medida que produz efeitos ininterruptos no tempo; *ampla* não será aquela defesa que não dispõe de todos os instrumentos indispensáveis à sua mínima realização. E assim por diante. Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que

8. Miguel Reale, *Cinco Temas do Culturalismo*, pp. 30 e 40.

9. Aulis Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, p. 159.

10. Sobre isso, em profundidade: Wolfgang Stegmüller, *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, 7ª ed., t. I, pp. 56 e ss.

11. Aulis Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, p. 159.

12. *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, p. 161. Sobre a relação entre significação e uso, v.: Wolfgang Stegmüller, *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, 7ª ed., t. I, pp. 576 e ss.

13. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., p. 43.

são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.

A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito reconstruem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender “provisória” como *permanente*, “trinta dias” como *mais de trinta dias*, “todos os recursos” como *alguns recursos*, “ampla defesa” como *restrita defesa*, “manifestação concreta de capacidade econômica” como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Além de levar às mencionadas conclusões, o exposto também exige a substituição de algumas crenças tradicionais por conhecimentos mais sólidos: é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.¹⁴

Enfim, é justamente porque as normas são reconstruídas 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. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à

14. Sobre essa questão, em pormenor: Humberto Bergmann Ávila, “Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance”, *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário* 7/73-104.

NORMAS DE SEGUNDO GRAU: POSTULADOS NORMATIVOS

3.1 Introdução. 3.2 Postulados hermenêuticos: 3.2.1 Considerações gerais – 3.2.2 Postulado da Coerência: 3.2.2.1 Da hierarquia à coerência – 3.2.2.2 Coerência substancial – 3.2.2.2.1 Fundamentação por suporte – 3.2.2.2.2 Fundamentação por justificação recíproca – 3.3 Postulados normativos aplicativos. 3.4 Análise do uso inconsistente de normas e metanormas: 3.4.1 Consequências. 3.5 Diretrizes para a análise dos postulados normativos aplicativos: 3.5.1 Necessidade de levantamento de casos cuja solução tenha sido tomada com base em algum postulado normativo – 3.5.2 Análise da fundamentação das decisões para verificação dos elementos ordenados e da forma como foram relacionados entre si – 3.5.3 Investigação das normas que foram objeto de aplicação e dos fundamentos utilizados para a escolha de determinada aplicação – 3.5.4 Realização do percurso inverso: descoberta a estrutura exigida na aplicação do postulado, verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base nele. 3.6 Espécies de postulados: 3.6.1 Considerações gerais – 3.6.2 Postulados inespecíficos: 3.6.2.1 Ponderação – 3.6.2.2 Concordância prática – 3.6.2.3 Proibição de excesso – 3.6.3 Postulados específicos: 3.6.3.1 Igualdade – 3.6.3.2 Razoabilidade: 3.6.3.2.1 Generalidades – 3.6.3.2.2 Tipologia – 3.6.3.3 Proporcionalidade: 3.6.3.3.1 Considerações gerais – 3.6.3.3.2 Aplicabilidade – 3.6.3.3.3 Exames inerentes à proporcionalidade – 3.6.3.3.4 Intensidade do controle dos outros Poderes pelo Poder Judiciário. 3.7 Análise da falta de diferenciação entre os postulados.

3.1 Introdução

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*.¹ Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em ge-

1. Rudolf Eisler, *Kant-Lexikon*, p. 427.

ral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta.

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. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. 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. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. 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).

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

Os postulados não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional. Se as regras forem definidas como normas que descrevem um comportamento a ser observado (ou reservam parcela de poder, instituem procedimentos ou estabelecem definições, sempre sendo cumpridos por meio de comportamentos), devendo ser cumpridas de modo integral e, no caso de conflito, podendo ser excluídas do ordenamento jurídico se houver uma outra regra anti-

nômica, os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. Se os princípios forem definidos como normas que estabelecem um dever-ser ideal, que podem ser cumpridas em vários graus e, no caso de conflito, podem ter uma dimensão de peso maior ou menor, os postulados não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis.

Seja qual for a denominação preferida, os postulados funcionam de forma diferente relativamente a outras normas do ordenamento jurídico. Esta razão é suficiente para tratá-los de forma separada. Sua função e seu conteúdo serão melhor evidenciados. Embora a sua denominação seja secundária, a exigência científica de compatibilidade sintática não abona a sua denominação como princípio, se o autor define princípio como normas imediatamente finalísticas, como normas de otimização a serem realizadas em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas ou como normas fundamentais com elevado grau de abstração e generalidade. Nessas hipóteses, o problema não é de nomenclatura, é de inconsistência científica. Especialmente porque os postulados não são normas imediatamente finalísticas, mas metódicas; não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade; e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas normas que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do Direito.

3.2 *Postulados hermenêuticos*

3.2.1 *Considerações gerais*

No âmbito do Direito, há postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, podendo funcionar, é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa. Dentre os mais importantes está o *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, a exigir do intérprete o relacionamen-

to entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade.² Subelemento desse postulado, é o *postulado da coerência*, a impor ao intérprete, entre outros deveres, a obrigação de relacionar as normas com as normas que lhes são formal ou materialmente superiores.

As condições do conhecimento reveladas pela hermenêutica são verdadeiros postulados: onde há uma parte há o todo; onde há um objeto cognoscível há um sujeito cognoscente; onde há um sistema, há um problema.³

A compreensão do ordenamento como uma estrutura escalonada de normas baseia-se no *postulado da hierarquia*, do qual resultam alguns critérios importantes para a interpretação das normas, tais como o da interpretação conforme a Constituição.

3.2.2 *Postulado da Coerência*

3.2.2.1 Da hierarquia à coerência

A problemática da hierarquização das normas constitucionais abrange dois planos que devem ser objeto de dissociação: um plano concreto e um plano abstrato.

No plano concreto, importa saber qual norma deverá prevalecer em caso de conflito, o que pressupõe uma contraposição concreta entre normas jurídicas.

No plano abstrato, há dois problemas a resolver. De um lado, importa saber se algumas normas jurídicas possuem hierarquia superior, no sentido de uma preferência imanente ao sistema jurídico, de caráter definitivo ou relativo, relativamente a outras normas. De outro lado – e esta é uma questão completamente diferente – é preciso saber quais são as relações de dependência (*Abhängigkeitsbeziehungen*) existentes entre as normas jurídicas dentro de um sistema jurídico específico.

Enquanto no plano concreto investiga-se uma relação de prevalência concreta e um conflito real entre normas jurídicas, no plano abstrato há dois aspectos diferentes: uma relação de prevalência abstrata entre

2. Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 16. Ver, também: Michel van de Kerchove e François Ost, *Le Système Juridique entre Ordre et Désordre*, p. 101.

3. Robert Alexy, “Juristische Interpretation”, in *Recht, Vernunft, Diskurs*, pp. 75 ss.

normas e uma relação de conexão de sentido entre normas. A primeira hipótese, de prevalência abstrata, é normalmente apresentada como uma relação de hierarquia e pressupõe descobrir qual norma “vale mais” ou se “sobrepõe”. A segunda hipótese, de conexão de sentido, por vezes é apresentada como uma relação de hierarquia, mas recebe também a denominação de ordenação interna (*innere Einordnung*), de combinação de normas (*Normenkombination*) e de conexão de fundamentação (*Be-gründungszusammenhang*).

O importante é que, no plano concreto, o relacionamento entre as normas depende de uma regra concreta de preferência entre razões conflitantes. No plano abstrato, pode-se construir uma estrutura argumentativa, mesmo sem um problema já posto.

A questão de saber se há prevalência ou hierarquia abstrata entre normas jurídicas, no sentido de uma ordem imanente de preferência, é altamente conturbada.⁴ Uma relação definitiva de prevalência entre normas jurídicas constitucionais – como será demonstrado – é insustentável.⁵

O decisivo para este trabalho, porém, é registrar que a relação de hierarquia é normalmente associada à ideia de prevalência e termina por indicar qual norma “vale mais”. A noção de hierarquia envolve uma relação linear entre duas normas separadas semanticamente, de tal sorte que uma delas se sobrepõe à outra. E, no caso de conflito, a norma inferior incompatível com a norma superior perde, *ipso facto*, a validade por meio de um raciocínio de exclusão. Trata-se, portanto, de uma sistematização linear (a norma superior constitui o fundamento da norma inferior), simples (baseada numa relação de hierarquia linear entre as normas) e não gradual entre duas normas jurídicas (as normas estão, ou não, sistematizadas enquanto hierarquicamente postas) com implicações no plano da sua validade.

A hierarquização pode ser explicada de várias formas. Na perspectiva da semiótica, fala-se em hierarquia sintática e hierarquia semântica

4. Cf. por exemplo: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, BI, *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, pp. 113 ss. Arthur Haeflinger, “Die Hierarchie von Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Menschenrechte”, in *EuGRZ* 1990, pp. 475-482. Contrariamente: Roman Herzog, *Hierarchie von Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Grundrechte*, in *EuGRZ* 1990, pp. 483-486.

5. Sobre o assunto, ver: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 94, 139, 140. Franz Bydliński, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, p. 125.

ca. Hierarquia sintática diz respeito à relação lógica entre as normas. A hierarquia semântica pode ser dividida em dois grupos: hierarquia formal e hierarquia material. A hierarquia semântica formal diz respeito a pressupostos formais que uma norma institui para a edição de outra. A hierarquia semântica material focaliza os pressupostos de conteúdo que uma norma estabelece para a edição de outra.⁶ As limitações decorrentes dessas relações podem ser definidas como limitações materiais.⁷

Sob perspectiva semelhante, que abrange não apenas as normas jurídicas, mas também poderes e fontes normativas, podem-se utilizar as categorias de hierarquia estrutural/formal, material, lógica e axiológica.⁸ A hierarquia estrutural ou formal diz respeito à relação entre duas normas jurídicas editadas por dois poderes, de modo que uma obtém seu fundamento de validade de outra (por exemplo, a relação entre poder constituinte reformador e poder constituinte originário). A hierarquia material diz respeito à relação entre duas normas jurídicas, na hipótese de uma terceira norma estabelecer que uma das duas não possui fundamento de validade quando entrar em conflito com outra (por exemplo, a relação entre Constituição e Lei). A hierarquia lógica trata da relação entre normas que depende da estrutura da linguagem (por exemplo: a relação entre lei revogadora e lei revogada). E a hierarquia axiológica aponta para a relação entre normas, que não é expressamente regulada pelo Direito, mas decorre de uma avaliação do intérprete, que aponta para um valor maior de uma delas.

Essa noção de hierarquia, conquanto importante para explicar, entre outros fenômenos, o ordenamento jurídico como estrutura escalonada de normas, é insuficiente para cobrir a complexidade das relações entre as normas jurídicas. Com efeito, várias perguntas ficam sem resposta, segundo esse modelo. Quais são as relações existentes entre as regras e os princípios constitucionais? São somente os princípios que atuam sobre as regras ou será que as regras também agem simultaneamente sobre o conteúdo normativo dos princípios? Quais são as relações existentes entre os próprios princípios constitucionais? Todos os princípios possuem a mesma função ou há alguns que ora predeterminam o conteúdo, ora estruturam a aplicação de outros? Quais são as relações entre as regras

6. Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, p. 138.

7. Noberto Bobbio, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, p. 46.

8. Riccardo Guastini, *Le Fonti del Diritto e l'Interpretazione*, pp. 37 ss.; idem, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, pp. 121 ss.

legais, já consideradas válidas, e os princípios e as regras de competência estabelecidos na Constituição? São somente as normas constitucionais que atuam sobre as normas infraconstitucionais ou será que essas também agem sobre aquelas?

Para responder a essas questões, propõe-se, como complementação a este modelo de sistematização linear, simples e não gradual, cuja falta de implementação traz consequência que se situa preponderantemente no plano da validade, um modelo de sistematização circular (as normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos das superiores), complexo (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas) e gradual (a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios), cuja consequência preponderante está alocada no plano da eficácia. Entra em cena o *postulado da coerência*.

A conexão de sentido ou a relação de dependência entre as normas é um reconhecido postulado hermenêutico: trata-se de uma condição de possibilidade do conhecimento a ser necessariamente preenchida na interpretação de textos normativos.⁹ A coerência é tanto um critério de relação entre dois elementos como uma propriedade resultante dessa mesma relação. Como demonstra Bracker, qualifica-se como coerente a relação que preenche requisitos formais e substanciais. Daí falar-se em coerência formal e coerência material. Coerência formal está ligada à noção de consistência e de completude. Coerência substancial está relacionada à conexão positiva de sentido.¹⁰

No plano formal, um conjunto de proposições qualifica-se como coerente se preenche os requisitos de (a) consistência e de (b) completu-

9. Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 16 (“...trata-se, na verdade, primordialmente de um postulado axiológico!”); Rudolf Eisler, *Kant-Lexikon*, p. 427; Riccardo Guastini, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, p. 124, número 10: o autor fala de um princípio, mas no sentido de um critério. Robert Alexy, “Juristische Interpretation”, in *Recht, Vernunft, Diskurs*, pp. 75 ss.: o autor, quando analisa a hermenêutica como teoria estrutural da compreensão, fala de postulados (p. ex. reflexão, coerência, completude). Michel van de Kerchove e François Ost, *Le Système Juridique entre Ordre et Désordre*, p. 101: os autores falam do postulado da sistematização como uma exigência permanente de elaboração e aplicação do Direito. Aleksander Peczenik, *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*, p. 139: o autor menciona o “postulado da unidade do Direito”. Idem, “Certainty or Coherence?”, in *Festschrift for Aulis Aarnio*, p. 168: o autor menciona o “postulado de que o Direito deve ser coerente”.

10. Susanne Bracker, *Kohärenz und juristische Interpretation*, pp. 169 e ss.