

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ  
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO DE CURITIBA**

**ENDRIGO HERING**

**A RAZOABILIDADE, A PROPORCIONALIDADE E A PROIBIÇÃO DO  
EXCESSO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

**CURITIBA  
2008**

**ENDRIGO HERING**

**A RAZOABILIDADE, A PROPORCIONALIDADE E A PROIBIÇÃO DO  
EXCESSO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

**Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de especialização. Escola da Magistratura do Paraná. Núcleo de Curitiba.**

**Orientador: Prof. Jorge de Oliveira Vargas**

**CURITIBA  
2008**

**TERMO DE APROVAÇÃO****ENDRIGO HERING****A RAZOABILIDADE, A PROPORCIONALIDADE E A PROIBIÇÃO DO  
EXCESSO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador:

-----  
Prof. Jorge de Oliveira Vargas

1º. Avaliador:

-----  
Prof.

2º. Avaliador:

-----  
Prof.

Curitiba, de de 2008.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	06
<b>2 CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA</b> .....	08
2.1 REGRAS .....	08
2.2 PRINCÍPIOS .....	09
2.3 POSTULADOS NORMATIVOS APLICATIVOS .....	11
<b>3. POSTULADO DA RAZOABILIDADE</b> .....	12
3.1 RAZOABILIDADE COMO EQUIDADE .....	12
3.2 RAZOABILIDADE COMO CONGRUÊNCIA .....	14
3.3 RAZOABILIDADE COMO EQUIVALÊNCIA .....	14
<b>4 POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	16
4.1 ADEQUAÇÃO .....	17
4.2 NECESSIDADE .....	17
4.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO .....	18
<b>5 POSTULADO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO</b> .....	19
<b>6 APLICAÇÃO DOS POSTULADOS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL</b> .....	22
6.1 PLANO PRELIMINAR DE ANÁLISE ABSTRATA DAS NORMAS .....	22
6.2 PLANO CONCLUSIVO DE ANÁLISE CONCRETA DAS NORMAS .....	24
<b>7 LIMITES À SUBJETIVIDADE DO JULGADOR</b> .....	31
<b>8 CONCLUSÃO</b> .....	44
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	47
<b>FONTES CONSULTADAS</b> .....	48

## **RESUMO**

O presente trabalho monográfico pretende analisar a razoabilidade, a proporcionalidade e a proibição do excesso, abordando sua classificação normativa e sua aplicação na solução jurisdicional das lides, considerando o plano preliminar de análise abstrata e o plano conclusivo de análise concreta das normas, fazendo, ainda, apontamentos acerca dos limites à subjetividade do julgador.

Palavras chave: classificação normativa; razoabilidade; proporcionalidade; proibição do excesso; análise concreta e abstrata da norma; limites à subjetividade do julgador.

## 1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, com o presente trabalho, dar o devido contorno conceitual da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição do excesso, para, então, traçar as linhas gerais acerca de como o magistrado deve aplicar estes postulados e quais limites deve respeitar, a fim de que preste a jurisdição de maneira justa, sem, contudo, adentrar ao campo da arbitrariedade judicial.

O exame do que é razoável, do que é proporcional e do que fere a proibição do excesso constitui, indubitavelmente, ferramenta axiológica de extrema eficácia, na medida em que possibilita ao julgador a aplicação do direito conforme a ordem constitucional estabelecida.

Daí a fundamental importância do tema, vez que o juiz deve, em todos os casos submetidos ao seu julgamento, ter uma postura crítica em relação às regras, com o afastamento, sempre que necessário, de leis ou atos que, abstrata ou concretamente, desrespeitem os postulados em comento.

O estudo será essencialmente doutrinário, utilizando-se, ainda, julgados que guardem pertinência com as questões em análise.

Para a elaboração da monografia serão abordadas, inicialmente, quais as espécies normativas albergadas pelo ordenamento jurídico, e em qual delas se enquadram a razoabilidade, a proporcionalidade e a proibição do excesso.

Será feita, então, uma explanação a respeito da conceituação doutrinária desses postulados e de como podem ter aplicação tanto no âmbito abstrato quanto no concreto.

Por fim, após esse estudo é que se buscará delinear os limites à atividade judicante para evitar a arbitrariedade do magistrado.

## 2 CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA

Será adotada, neste trabalho, a classificação de Humberto Ávila<sup>1</sup>, que aponta a existência de três espécies normativas (são elas as regras, os princípios e os postulados normativos aplicativos), sendo que a razoabilidade, a proporcionalidade e a proibição do excesso recebem a classificação de postulados normativos aplicativos, muito embora sejam usualmente designados pela doutrina e jurisprudência como princípios.

A fim de que se possa compreender a natureza e a função jurídica dos postulados em estudo, faz-se necessária uma análise das diferenças existentes entre cada espécie normativa.

### 2.1 REGRAS

As regras, conforme lição de Ávila, “são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada”<sup>2</sup>.

De forma mediata, porém, as regras são finalísticas, ou seja, “estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89, 94 e 104.

<sup>2</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 63.

Assim também a doutrina de Ana Paula de Barcellos, observando que “embora as regras tratem, em geral, de condutas, sem maiores considerações sobre o propósito para que foram concebidas, essas condutas estão indiretamente associadas, por evidente, a fins e a valores que buscam realizar”<sup>4</sup>.

Robert Alexy diz que as regras “têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”<sup>5</sup>.

Regras são, em suma, “normas-do-que-fazer (‘ought-to-do-norms’): seu conteúdo diz diretamente respeito a ações (‘actions’)”<sup>6</sup>, sendo imediatamente descritivas e mediadamente finalísticas.

## 2.2 PRINCÍPIOS

Os princípios, por sua vez, “são normas imediatamente finalísticas”<sup>7</sup>, e “cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento”<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 64.

<sup>4</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 207.

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

<sup>6</sup> ÁVILA, H. Obra Citada, p. 64.

<sup>7</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 63.

<sup>8</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

Os princípios determinam a consecução de “um estado ideal de coisas a ser atingido (‘state of affairs’, ‘Idealzustand’), em virtude do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido”<sup>9</sup>.

São, destarte, “normas-do-que-deve-ser (‘ought-to-be-norms’): seu conteúdo diz respeito a um ideal de coisas (‘state of affairs’)”<sup>10</sup>

Em igual sentido, Ana Paula de Barcellos ensina que “as regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar”, enquanto que “os princípios, ao contrário, estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para a obtenção desses fins”<sup>11</sup>.

Segundo, ainda, Robert Alexy, “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, “não contém um mandamento definitivo, mas apenas ‘prima facie’”<sup>12</sup>.

Desse modo, enquanto as regras determinam condutas que servem à realização de fins, os princípios prevêm esses fins, a serem realizados mediante as condutas, geralmente determinadas pelas regras, sendo, pois, os princípios, normas imediatamente finalísticas e mediatamente descritivas.

---

<sup>9</sup> ÁVILA, H. Idem, *ibidem*.

<sup>10</sup> ÁVILA, H. Idem, *ibidem*.

<sup>11</sup> BARCELLOS, A. P. de. Obra citada, p. 170.

<sup>12</sup> ALEXY, R. Obra citada, p. 104.

### 2.3 POSTULADOS NORMATIVOS APLICATIVOS

Os postulados normativos aplicativos, ao contrário dos princípios, não se referem propriamente “ao dever de promover a realização de um estado de coisas, mas ao modo como esse dever deve ser aplicado”<sup>13</sup>.

Vale dizer, os postulados delineiam a estrutura de aplicação das regras e também dos princípios<sup>14</sup>, sem que prescrevam comportamentos<sup>15</sup>.

Os postulados são violados quando regras e princípios são interpretados em desacordo com a estruturação que determinam<sup>16</sup>.

Possuem, assim, no dizer de Ávila, a característica de serem “metanormas”, ou “normas de segundo grau”<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> ÁVILA, H. Obra citada, p. 79.

<sup>14</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 80.

<sup>15</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 81.

<sup>16</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 80.

<sup>17</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

### 3 POSTULADO DA RAZOABILIDADE

#### 3.1 RAZOABILIDADE COMO EQUIDADE

Humberto Ávila estrutura a razoabilidade como sendo “equidade”<sup>18</sup>, “congruência”<sup>19</sup> e “equivalência”<sup>20</sup>.

Enquanto “equidade”, ensina que a razoabilidade (1) “impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece” e (2) “exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobretudo desconsiderado pela generalização legal”<sup>21</sup>. Ainda, quanto ao primeiro aspecto da razoabilidade como equidade, leciona que “na interpretação das normas legais deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o extraordinário”<sup>22</sup>.

No que toca ao segundo aspecto, tem-se que as circunstâncias de fato de cada situação devem ser levadas em conta pelo aplicador das normas, vez que o aspecto individual e concreto de cada caso não é, e nem pode, ser considerado pela lei, que possui caráter genérico e abstrato.

Em determinadas hipóteses, se sopesadas as especificidades do caso, conclui-se que há uma dissociação entre a questão em análise e as situações que ordinariamente ocorrem em casos análogos, situações comuns que, na maioria das vezes, provocam e fundamentam a edição de regras pelo legislador.

---

<sup>18</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 95.

<sup>19</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 98.

<sup>20</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 101.

<sup>21</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 97.

<sup>22</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 96.

A norma geral, nestes casos específicos, porque existente um elemento diferenciador justificante de um tratamento não igualitário, não é aplicada, justamente por se estar diante de caso anômalo<sup>23</sup>.

Disso decorre que nem toda norma incidente é, necessariamente, aplicável<sup>24</sup>.

Não basta, assim, à luz do postulado da razoabilidade, a satisfação das condições previstas no descritor normativo para que seja aplicado o prescritor. É necessário, ainda, que o caso concreto esteja adequado à generalização da previsão normativa, de modo que a aplicação da norma não seja “excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária”<sup>25</sup>.

Ávila traz o seguinte exemplo para ilustrar uma hipótese em que a regra geral deve ser afastada diante das circunstâncias concretamente postas:

Uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte para efeito de pagamento conjunto dos tributos federais, foi excluída desse mecanismo por ter infringido a condição legal de não efetuar a importação de produtos estrangeiros. De fato, a empresa efetuou uma importação. A importação, porém, foi de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Recorrendo da decisão, a exclusão foi anulada, por violar a razoabilidade, na medida em que uma interpretação dentro do razoável indica que a interpretação deve ser feita “em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei”. Nesse caso, a regra segundo a qual é proibida a importação para a permanência no regime tributário especial incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do regime tributário especial), porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justifica (estímulo da produção nacional por pequenas empresas). Dito de outro modo: segundo a decisão, o estímulo à produção nacional não deixaria de ser promovido pela mera importação de alguns pés de sofá<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 97.

<sup>24</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

<sup>25</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 98.

<sup>26</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 97.

### 3.2 RAZOABILIDADE COMO CONGRUÊNCIA

A razoabilidade, enquanto congruência, “exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”<sup>27</sup>.

Necessário, portanto, um “suporte empírico”<sup>28</sup> que respalde a edição de determinada norma, ou seja, a norma deve ser vinculada à realidade vivida pela sociedade.

Disso decorre, também, a conclusão de que determinada norma, quando anacrônica, fere, de forma superveniente, o postulado da razoabilidade, pois em não mais subsistindo o contexto sócio-econômico que a ensejou e que a justifica, inexistente o necessário suporte empírico<sup>29</sup>.

Há, assim, um dever contínuo de fundamentação da norma na natureza das coisas<sup>30</sup> e no contexto sócio-econômico.

### 3.3 RAZOABILIDADE COMO EQUIVALÊNCIA

A razoabilidade exige, ainda, “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona”<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 98.

<sup>28</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

<sup>29</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 100.

<sup>30</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 99.

Como exemplo, Ávila cita a cobrança de taxa, que é a medida adotada, e deve guardar relação de equivalência com o critério que dimensiona o tributo, que é o custo do serviço a ser prestado<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 101.

<sup>32</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

#### 4 POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

O postulado normativo aplicativo da proporcionalidade “exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais”<sup>33</sup>.

Aplica-se “a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim”<sup>34</sup>. Cabe, aqui, fazer uma digressão para diferenciar a razoabilidade (enquanto equivalência) da proporcionalidade. A equivalência, ao oposto da proporcionalidade, não diz respeito a uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Exemplificando: a cobrança de uma taxa deve guardar uma relação de equivalência com o custo do serviço, entretanto esse custo, por evidente, não é um fim a ser atingido por meio da cobrança do tributo. Vê-se, pois, que a proporcionalidade e a equivalência possuem âmbitos de aplicação diferenciados.

A proporcionalidade “opera num âmbito a partir do qual o núcleo essencial do princípio fundamental restringido está preservado”<sup>35</sup> (quando esse núcleo essencial é atingido, será aplicado o postulado da proibição do excesso).

Vejamos, então, as diferenças entre as três esferas de controle da norma por meio da proporcionalidade, que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

---

<sup>33</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 101-102.

<sup>34</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 104.

<sup>35</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 92.

## 4.1 ADEQUAÇÃO

A adequação possui “natureza de um critério negativo”<sup>36</sup>, ou seja, “elimina meios não adequados”<sup>37</sup>, meios que não promovam o fim proposto.

No juízo de adequação, o aplicador da norma deve verificar se há uma “relação empírica entre o meio e o fim”<sup>38</sup>, de modo que o meio eleito deve promover minimamente o fim que se pretende atingir, mesmo que esse meio não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro<sup>39</sup>.

## 4.2 NECESSIDADE

A necessidade diz respeito à “verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim”<sup>40</sup>. “Exige que, dentre os meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso”<sup>41</sup>.

O exame da necessidade envolve duas etapas.

---

<sup>36</sup> ALEXY, R. Obra citada, p. 590.

<sup>37</sup> ALEXY, R. Idem, ibidem.

<sup>38</sup> ÁVILA, H. Obra citada, p. 108.

<sup>39</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 110.

<sup>40</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 114.

<sup>41</sup> ALEXY, R. Obra citada, p. 590.

Primeiramente, deve-se fazer o “exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim”<sup>42</sup>.

Após, necessário o “exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados”<sup>43</sup>.

Destarte, cabe ao aplicador da norma verificar se o meio eleito, dentre os outros alternativos, é o que promove o fim de maneira a restringir o mínimo possível os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

#### 4.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A proporcionalidade em sentido estrito “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”<sup>44</sup>. “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”<sup>45</sup>.

Assim, a promoção da finalidade terá sempre de ter uma importância tal que justifique a restrição causada<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> ÁVILA, H. Obra citada, p. 114.

<sup>43</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

<sup>44</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 116.

<sup>45</sup> ALEXY, R. Obra citada, p. 593.

<sup>46</sup> ÁVILA, H. Obra citada, p. 116.

## 5 POSTULADO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO

Segundo Ávila, o postulado normativo aplicativo da proibição do excesso “proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental”<sup>47</sup>.

Em outras palavras, em respeito à proibição do excesso, “a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”<sup>48</sup>.

Referido doutrinador, contrapondo a excessividade com a proporcionalidade em sentido estrito, delinea o âmbito de aplicação da proibição do excesso e ilustra em qual circunstância o controle da norma se dá em razão de um ou de outro postulado:

Numa representação poderíamos imaginar um grande círculo representando os graus de intensidade da restrição de um princípio fundamental de liberdade, dentro do qual outros círculos concêntricos menores estão inseridos, até chegar ao círculo central menor cujo anel representa o núcleo inviolável. A finalidade pública poderia justificar uma restrição situada da coroa mais externa até aquela mais interna, dentro da qual é proibido adentrar. Pois bem. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito opera entre o limite da coroa mais interna e o da coroa mais externa, e compara o grau de restrição da liberdade com o grau de promoção da finalidade pública, para permitir a declaração de invalidade uma medida que causa restrição demais para promoção de menos. Para efeitos didáticos, seria como afirmar que a promoção de uma finalidade pública equivalente ao grau 1 não justifica uma restrição a um princípio fundamental equivalente ao grau 4. A medida, nessa hipótese, seria desproporcional em sentido estrito. A proibição de excesso apenas indicaria, por suposição, que nenhuma restrição poderia equivaler ao grau 5, pois ele representaria o anel central não passível de invasão, independentemente da sua finalidade justificativa e do grau de intensidade da sua realização.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 89.

<sup>48</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

<sup>49</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 92.

Para ilustrar a conceituação da proibição do excesso e frisar o diferente âmbito de atuação desse postulado em relação à proporcionalidade, Ávila traz exemplo em que o Poder Público, com a finalidade de proteger os consumidores, impõe aos supermercados o dever de etiquetar todos os produtos vendidos em seus estabelecimentos<sup>50</sup>. Explica que a medida adotada causa restrição ao direito de livre exercício da atividade econômica dos supermercados<sup>51</sup>, e como a situação envolve uma relação de causalidade entre um meio e fim, aplica-se o postulado da proporcionalidade<sup>52</sup>.

Faz, então, a seguinte análise:

Procedendo-se ao exame da adequação, pode-se concluir que os efeitos da medida adotada contribuem para a gradual realização do fim. Etiquetar os produtos contribui para proteger os consumidores. Pondo em prática o exame da necessidade, é plausível concluir pela inexistência de outro meio alternativo, se os meios disponíveis não são considerados igualmente adequados para proteger os consumidores. Os efeitos da implantação do código de barras promovem menos intensamente a proteção da maioria dos consumidores do que a obrigação de etiquetar cada produto. A obrigação de etiquetar os produtos é necessária. E, contrapondo-se as vantagens e as desvantagens da adoção da medida, pode-se chegar à conclusão de que, apesar de não haver outro meio igualmente adequado para proteger os consumidores, ainda assim o grau de restrição causado ao princípio do livre exercício da atividade econômica pela obrigação de colocar etiquetas em todos os produtos (custos administrativos, trabalho humano de etiquetar e novamente etiquetar quando os preços mudam, repasse dos custos para os preços dos produtos, abandono do moderno sistema de código de barras) é desproporcional ao grau de promoção do princípio da proteção dos consumidores (proteção de uma minoria desatenta de consumidores em detrimento da média dos consumidores, que é protegida por outros meios já existentes). Enfim, a medida, apesar de adequada e necessária, é considerada desproporcional em sentido estrito. Sem adentrar o mérito da solução imaginada, a contribuição do exemplo consiste em demonstrar que os três exames inerentes à proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) foram feitos sem que em momento algum fosse cogitada a restrição ao núcleo essencial do princípio do livre exercício da atividade econômica. Os supermercados não irão à ruína, seu conjunto de direitos de liberdade não será aniquilado; e, ainda assim, a

---

<sup>50</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 91.

<sup>51</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

<sup>52</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

medida foi declarada desproporcional. É dizer: a medida foi considerada desproporcional sem ser excessiva no sentido de adentrar o núcleo inviolável dos direitos fundamentais. Isso significa, em síntese, que pode haver exame por meio do postulado da proporcionalidade sem qualquer controle por meio do postulado da proibição do excesso. E pode haver controle por meio do postulado da proibição do excesso sem que haja controle por meio do postulado da proporcionalidade. (...). Enfim, são postulados distintos, porque com aplicabilidade diversa<sup>53</sup>.

Percebe-se, assim, que a proibição do excesso constitui um postulado segundo o qual o julgador deve averiguar se determinada norma adentra, ou não, ao que Ávila chama de “núcleo inviolável”, “anel central não passível de invasão” ou “núcleo essencial do princípio fundamental”<sup>54</sup>.

A aferição do que constitui esse “núcleo essencial do princípio fundamental”, ou, em outras palavras, do exato contorno do “círculo central menor”<sup>55</sup>, dependerá sempre do exame do caso concreto, pois o julgador deverá considerar todas as singularidades presentes para dizer quando se está, ou não, respeitando o mínimo de eficácia que todo direito fundamental exige.

---

<sup>53</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 91-92.

<sup>54</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 92.

<sup>55</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

## 6 APLICAÇÃO DOS POSTULADOS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

### 6.1 PLANO PRELIMINAR DE ANÁLISE ABSTRATA DAS NORMAS

Há um “plano preliminar de análise abstrata das normas, comumente chamado de plano ‘prima facie’ de significação”, e há, também, um “plano conclusivo de análise concreta das normas, comumente denominado de nível ‘all things considered’ de significação”<sup>56</sup>.

Os postulados normativos aplicativos até aqui estudados, portanto, ao delinearem a estrutura de aplicação das normas, possibilitam o controle abstrato bem como concreto da lei. No plano preliminar de análise das normas o julgador verifica se abstratamente (isto é, independentemente de qualquer especificidade do caso concreto) a norma atende aos ditames dos postulados.

Ana Paula de Barcellos examina caso em que o Supremo Tribunal Federal, na Ação direta de Inconstitucionalidade nº. 223, onde se discutia a validade da Medida Provisória nº. 173/90, “que vedava a concessão de liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes de um conjunto de 10 (dez) outras medidas provisórias”<sup>57</sup>, indeferiu a pleiteada liminar, ao argumento de que, “ao menos em juízo sumário, a MP nº. 173/1990 seria constitucional”<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 57.

<sup>57</sup> BARCELLOS, A. P. de. Obra citada, p. 193.

<sup>58</sup> BARCELLOS, A. P. de. Idem, p. 194.

Segundo o relator, Ministro Paulo Brossard, embora indeferida a liminar, nada impediria “o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar”<sup>59</sup>, pois em algumas circunstâncias, “essa restrição poderia se tornar grave a ponto de impedir o acesso do cidadão ao Poder Judiciário”<sup>60</sup>.

Vê-se, nesse exemplo, que o Supremo considerou a norma abstratamente constitucional, ressalvando, porém, a possibilidade de, no caso concreto, afigurar-se inconstitucional.

O exemplo da fábrica de sofá, exposto no item que tratou da razoabilidade enquanto equidade (3.1), também traz a idéia de como o controle da lei pode se dar abstrata ou concretamente.

Naquele caso, havia uma regra segundo a qual empresas de pequeno porte que não efetuarem importações são enquadradas em regime de tributação mais benéfico.

A finalidade dessa norma é claramente estimular a produção nacional, dando incentivo fiscal a empresas de pequeno porte e impondo-lhes, para que usufruam dessa benesse, a efetuação de compras de insumos junto a outras empresas nacionais.

Essa norma, no plano abstrato, atende aos postulados da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição do excesso.

No plano concreto, porém, conforme exemplo dado por Ávila, a regra secundária, que impõe a sanção para aqueles que descumprem a regra primária da não importação, era inaplicável, porque, na hipótese, sua observância não seria razoável, já que desatenderia à finalidade que ensejou sua criação.

---

<sup>59</sup> BARCELLOS, A. P. de. *Idem*, p. 195.

<sup>60</sup> BARCELLOS, A. P. de. *Idem*, p. 196.

## 6.2 PLANO CONCLUSIVO DE ANÁLISE CONCRETA DAS NORMAS

Se, preliminarmente, a norma for abstratamente constitucional, o julgador passará ao plano conclusivo de análise concreta, quando levará em conta as nuances do caso a ser julgado.

No plano conclusivo, “uma determinada norma, produzida pela incidência da regra, poderá ser declarada inconstitucional, ainda que o enunciado da regra permaneça válido em tese”<sup>61</sup>, vez que “o caso concreto freqüentemente apresentará particularidades que não foram previstas de forma geral pelo legislador”<sup>62</sup>.

É necessário um constante “trabalho de adaptação da consequência abstracta ao caso singular”, pois “se é impossível haver regras individuais, já é possível fixar apenas com grande generalidade as consequências jurídicas e deixar o restante para uma intervenção individualizadora”<sup>63</sup>.

Retomemos o exemplo, de Ávila, tratando da fábrica se sofá.

Determinada empresa, enquadrada naquele regime especial de tributação, efetuou a importação, uma única vez, de quatro pés de sofá para um sofá específico.

A princípio, como houve desrespeito à regra que impõe a não importação como condição do benefício fiscal, poderia se pensar que a empresa deveria ser desvinculada do regime diferenciado de tributação.

Não é, porém, o que se conclui da lição de José de Oliveira Ascensão:

---

<sup>61</sup> BARCELLOS, A. P. de. *Idem*, p. 212.

<sup>62</sup> BARCELLOS, A. P. de. *Idem*, p. 221.

<sup>63</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 590.

Quando o legislador, presa da necessária generalidade das suas declarações, emite uma prescrição lata de mais, em que abrange casos que não teria abrangido se tivesse podido considerar as consequências nocivas da sua intervenção; dito por outras palavras, quando a lei é demasiado absoluta, por a aplicação a certos casos que não são os que ditaram a regra ir contra o bem comum – então o intérprete deve restringir o âmbito da lei para evitar esses resultados nefastos<sup>64</sup>.

Assim também entende Eros Roberto Grau:

(...) quando a lei expressa uma regra geral, devemos, onde o legislador omitiu a previsão do caso e pecou por excesso de simplificação, corrigir a omissão e fazer-nos intérpretes do que o legislador teria dito, ele mesmo, se estivesse presente neste momento, e teria feito constar da lei se conhecesse o caso em questão<sup>65</sup>.

Como a finalidade da norma em comento é estimular a produção nacional, deve-se considerar que a importação de apenas quatro pés de sofá, mormente considerando o volume de produção, não ameaça a indústria nacional.

Fosse a empresa penalizada com a imposição de um regime de tributação mais dispendioso, aí sim, dificultando o desenvolvimento da fábrica, estar-se-ia desestimulando a produção nacional.

Ou seja, considerando as circunstâncias do caso concreto (que devem sempre ser observadas por força do postulado da razoabilidade), a regra que impõe a não importação, embora incidente, não deve ser aplicada na hipótese, pois sua aplicação desatenderia à “finalidade que lhe dá suporte”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> ASCENSÃO, J. de O. Idem, p. 412.

<sup>65</sup> GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 281.

<sup>66</sup> ÁVILA, H. Obra citada, p. 65.

Nesse caso, haveria afronta também ao postulado da proporcionalidade, já que a medida da retirada da empresa do regime de tributação especial não promoveria minimamente a finalidade da norma. Não seria uma medida adequada, portanto.

Só assim, numa leitura axiológica, da qual decorre a não penalização da empresa, é que se dará concreção à finalidade da norma em questão, e não ao enunciado (texto), pura e simplesmente.

Deve-se, em suma, sempre ter em mente que “as regras consistem em normas imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas”<sup>67</sup> e, assim sendo, a descrição imediata somente se aplica quando determina o cumprimento da finalidade mediata, que justifica e dá legitimidade à aplicação da norma.

Veja-se, a propósito, outro exemplo trazido por Humberto Ávila, em que a regra, no caso concreto, não deve ser aplicada:

(...) 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. Novamente, o modo de aplicação da regra não se circunscreve à definição de “animal” ou de “cão”. 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. Nessa hipótese, a investigação da finalidade da própria norma (“rule’s purpose”) permite deixar de enquadrar na hipótese normativa casos preliminarmente enquadráveis. Isso significa – para o que aqui interessa – que é preciso ponderar a razão geradora da regra com as razões substanciais para seu não-cumprimento, diante de determinadas circunstâncias, com base na finalidade da própria regra ou em outros princípios. Para fazê-lo, porém, é

---

<sup>67</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 67.

preciso fundamentação que possa superar a importância das razões de autoridade que suportam o cumprimento incondicional da regra<sup>68</sup>.

Pode-se cogitar, também, o controle concreto das súmulas vinculantes (previstas pelo artigo 103-A da Constituição Federal), vez que, tal qual a lei, possuem caráter genérico e, concretamente, podem ensejar flagrantes injustiças.

A súmula vinculante não é, propriamente, uma regra, mas sim uma orientação firmada jurisprudencialmente, que pode elegê-la, determinando abstratamente seu contorno, com base em precedentes submetidos à análise do Supremo Tribunal.

Se é possível afastar a aplicação de leis que concretamente não estejam em consonância com os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso, quanto mais em se tratando de súmulas.

A vinculação das súmulas, destarte, tal qual a lei, não deve ter alcance absoluto, devendo-se sempre considerar as circunstâncias específicas do caso em julgamento, pois se fugirem da generalidade dos precedentes que orientaram sua edição, e houver justificção para a adoção de tratamento diferenciado, não há que se falar em obrigatoriedade cega de aplicação de uma orientação jurisprudencial que, concretamente, gerará uma injustiça.

Por outro lado, na hipótese de o caso submetido à apreciação jurisdicional não ser, de qualquer forma, dotado de alguma característica singular que o distinga dos casos ordinários, impõe-se, aí sim, o reconhecimento da obrigatoriedade da vinculação da súmula.

O comando normativo pode, ainda, ser elastecido, para dar cumprimento à finalidade normativa.

---

<sup>68</sup> ÁVILA, H. Idem, 65-66.

Conforme José de Oliveira Ascensão:

I – O intérprete pode concluir que o legislador queria dizer uma coisa e as palavras traíram-no, levando-o a exprimir realidade diversa. Se o sentido ultrapassa o que resultaria estritamente da letra, deve-se fazer interpretação extensiva. Para obedecer à lei, o intérprete deve procurar uma formulação que traduza correctamente a regra contida na lei. Isto só por si seria suficiente para comprovar o que afirmámos desde o início: regra e lei são coisas diversas. Aqui, para se respeitar a regra, deve-se exprimi-la com formulação diversa do texto legal. (...) Quando dizemos que o texto deve ser corrigido, devemos evitar entendimentos grosseiros. É claro que o texto em si não se muda, pois mudá-lo cabe ao legislador e não ao intérprete. O que queremos dizer é que a regra que do texto se retira deve ter uma formulação correcta, mais ampla que a utilizada pelo legislador<sup>69</sup>.

Como exemplo dessa interpretação extensiva, pode-se citar o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca a impenhorabilidade do bem de família, prevista pelo art. 1º. da Lei 8.009/90, de seguinte teor:

Art. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários **e nele residam**<sup>70</sup>, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Textualmente, a lei diz que são impenhoráveis os imóveis em que o devedor resida.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, de forma extremamente simplista, entendia que para o reconhecimento da impenhorabilidade, “é indispensável seja o bem efetivamente utilizado” como “residência”, pois “isso encontra-se expresso no texto”, não bastando “seja o único de que tenha a propriedade se o dá em locação,

<sup>69</sup> ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 407-408.

<sup>70</sup> Grifo não constante do texto original.

em lugar de nele residir” (Recurso Especial nº. 134.853/SC, relator Ministro Eduardo Ribeiro).

O Ministro Ribeiro olvidou que “quando, perante um caso particular, vemos que o legislador cala, ou se enganou por ter falado em termos absolutos, é imprescindível corrigi-lo”<sup>71</sup>.

Posteriormente, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, dando interpretação teleológica ao enunciado, e aplicando o postulado da razoabilidade, com a análise das nuances do caso concreto, passou a entender que o bem é impenhorável, “ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 385.692/RS, relator Ministro Aldir Passarinho Junior).

Eis a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA DE IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. LOCAÇÃO A TERCEIROS. RENDA QUE SERVE A ALUGUEL DE OUTRO QUE SERVE DE RESIDÊNCIA AO NÚCLEO FAMILIAR. CONSTRICÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LEI N. 8.009/90, ART. 10. EXEGESE. SÚMULA N. 7-STJ.

I. A orientação predominante no STJ é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado.

II. Caso, ademais, em que as demais considerações sobre a situação fática do imóvel encontram obstáculo ao seu reexame na Súmula n. 7 do STJ.

III. Agravo improvido.

O STJ, neste caso, focou-se na teleologia do enunciado (garantia do direito de moradia), para dele extrair a regra, dando-lhe o alcance real e consentâneo com o

---

<sup>71</sup> ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 410.

sistema jurídico, considerando as particularidades do caso e explicitando o significado da norma “de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem”<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> ÁVILA, H. Obra citada, p. 26.

## 7 LIMITES À SUBJETIVIDADE DO JULGADOR

Os postulados em estudo constituem ferramenta fundamental do julgador para dar solução justa às lides, afastando aquelas regras ou atos administrativos que, abstrata ou concretamente, afigurem-se injustos, irrazoáveis ou desproporcionais.

Asseguram a necessária segurança jurídica, que, ao oposto do que alguns doutrinadores defendem, não pode ser entendida, simplesmente, como sinônimo de previsibilidade das decisões.

Garante-se muito mais a segurança jurídica ao se possibilitar a revisão judicial de leis e atos injustos, irrazoáveis e desproporcionais, do que impondo-se ao jurisdicionado a submissão a tais atos e leis.

Ocorre, porém, que “quanto maior for a possibilidade, autorizada pelo sistema, de realizar justiça no caso concreto, maior liberdade será conferida ao aplicador, crescendo na mesma proporção o risco de arbítrio”<sup>73</sup>.

Os postulados normativos da proibição do excesso, da razoabilidade e da proporcionalidade, devem, pois, sempre servir à consecução da justiça, mas nunca prestar-se ao voluntarismo judicial.

Sua aplicação deve se dar de forma comedida, a fim de que não passe, o julgador, a prestar a jurisdição de forma arbitrária.

Necessário, pois, conhecer os limites a que o juiz se sujeita para afastar determinada regra ou para, eventualmente, no caso concreto, determiná-la.

---

<sup>73</sup> BARCELLOS, A. P. de. Obra citada, p. 185-186.

Deve-se considerar que também o julgador (e talvez principalmente ele), submete-se ao ordenamento jurídico. Não se quer, com isso, dizer que não haja espaço para um juízo subjetivo ou discricionário do magistrado. Há sim esse espaço, até porque “o direito sempre será lacunoso”<sup>74</sup>, pois “o legislador não pode conhecer e prever todos os fatos, conflitos e comportamentos que são capazes de surgir nas relações sociais”<sup>75</sup>, e “a lei, dada a sua inevitável generalidade, limita-se aos casos mais correntes”<sup>76</sup>.

Assim sendo, o julgador deverá, por vezes, compor o ordenamento jurídico e determinar a conduta a ser imposta às partes.

Ademais, “ao utilizar conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, o legislador acaba transferindo a delimitação do sentido e alcance dos enunciados normativos para o intérprete”<sup>77</sup>.

O sistema jurídico depende da subjetividade do magistrado, e é ela que possibilita a ampla abrangência do ordenamento, com a solução potencial de todos os conflitos a serem submetidos à apreciação do Judiciário.

Essa subjetividade, no entanto, ao tempo em que é possibilitada pelo ordenamento, por ele também é contida, limitada.

Isso porque, se “os princípios, para além de seu núcleo, estabelecem as fronteiras de um largo campo de atuação possível, dentro de cujos limites as opções políticas podem ser consideradas legítimas”<sup>78</sup>, determinada regra, escolhida pelo

---

<sup>74</sup> DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 106.

<sup>75</sup> DINIZ, M. H. Idem, *ibidem*.

<sup>76</sup> ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 409-410.

<sup>77</sup> BARCELLOS, A. P. de. Obra citada, p. 13.

<sup>78</sup> BARCELLOS, A. P. de. Idem, p. 192.

legislador para dar aplicação concreta à finalidade de um princípio, não pode ser afastada pelo julgador ao argumento de que outra conduta, a seu ver, seria mais apropriada.

É que “as regras correspondem exatamente a decisões políticas específicas, de efeitos determinados, já tomadas no interior” das fronteiras do princípio<sup>79</sup>.

Em razão da tripartição dos poderes, aqui concebida como equilíbrio entre os poderes<sup>80</sup>, deve o Judiciário aplicar a regra eleita pelo Legislativo, salvo se tal regra fugir do campo de abrangência de determinado princípio ou desrespeitar determinado postulado.

Quanto ao controle da lei ou ato por meio da proporcionalidade, a possibilidade de arbítrio é ainda maior, na medida em que o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, “opera num âmbito a partir do qual o núcleo essencial do princípio fundamental restringido está preservado”<sup>81</sup>.

A fim de afastar a arbitrariedade do julgador, bem como a ofensa à separação dos poderes, Ávila, no que toca à adequação, sustenta que “a administração e o legislador têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim”<sup>82</sup>, não sendo necessário que o meio seja o “mais intenso, o melhor e o mais seguro”<sup>83</sup>.

Explica o porque:

Em primeiro lugar, nem sempre é possível – ou, mesmo, plausível – saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, é o mais intenso, melhor e mais seguro na realização do fim. Isso depende de informações e de circunstâncias muitas vezes não disponíveis para a Administração. A

<sup>79</sup> BARCELLOS, A. P. de. Idem, ibidem.

<sup>80</sup> GRAU, E. R. Obra citada, p. 230 e 246.

<sup>81</sup> ÁVILA, H. Obra citada, p. 92.

<sup>82</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 109.

<sup>83</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

Administração Pública ficaria inviabilizada, e a promoção satisfatória de seus fins também, se tivesse que, para tomar cada decisão, por mais insignificante que fosse, avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir um fim.

Em segundo lugar, o princípio da separação dos Poderes exige respeito à vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A liberdade da Administração seria previamente reduzida se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador pudesse dizer que o meio escolhido não era o mais adequado. Um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções.

Em terceiro lugar, a própria exigência de racionalidade na interpretação e aplicação das normas impõe que se analisem todas as circunstâncias do caso concreto. A imediata exclusão de um meio que não é o mais intenso, o melhor e o mais seguro para atingir o fim impede a consideração a outros argumentos que podem justificar a escolha. Esses outros argumentos não devem, por isso, ser analisados no exame de adequação. (...).

(...) o princípio da separação dos Poderes exige um mínimo de autonomia e independência no exercício das funções legislativa, administrativa e judicial. Assegurado um mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador, não é dado ao julgador escolher o melhor meio sem um motivo manifesto de inadequação do meio eleito pela Administração para escolher o fim. O exame do entrecruzamento entre o dever de preservar a liberdade do legislador e o dever de proteger os direitos fundamentais do administrado revela abstratamente uma encruzilhada em que se resguarda um âmbito mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador. Somente uma comprovação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou administrador.

Essas considerações levam ao entendimento de que o exame da adequação só redundará na declaração de invalidade da medida adotada pelo Poder Público nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta. Caso contrário deve prevalecer a opção encontrada pela autoridade competente<sup>84</sup>.

Deste modo, não cabe ao juiz “decidir sobre qual seria a medida adequada”<sup>85</sup> a ser aplicada.

Quanto ao exame da necessidade, Ávila observa:

Se fosse permitido ao Poder Judiciário anular a escolha do meio porque ele, em algum aspecto e sob alguma perspectiva, não promove o fim da mesma forma que outros hipoteticamente aventados, a rigor, nenhum meio resistiria ao controle de necessidade, pois sempre é possível imaginar, indutiva e probabilisticamente, algum meio que promova, em algum aspecto e em alguma medida, melhor o fim do que aquele inicialmente adotado. Nesse sentido, deve-se respeitar a escolha da autoridade competente, afastando-se

<sup>84</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 109-113.

<sup>85</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 106

o meio se ele for manifestamente menos adequado que outro. Os princípios da legalidade e da separação dos poderes o exigem<sup>86</sup>.

Com a mesma cautela, deve proceder o juiz quando examina a proporcionalidade em sentido estrito, para aferir se o grau de importância da realização do fim justifica o grau da restrição causada a direitos fundamentais.

Trata-se “de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva”<sup>87</sup>.

Deve-se, assim, respeitar a opção emanada dos Poderes Legislativo e Executivo, salvo se flagrante for a desproporcionalidade verificada, “sob pena de a proporcionalidade, que foi concebida para combater a prática de atos arbitrários, funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a própria prática de tais atos”<sup>88</sup>.

O controle pelo Poder Judiciário deve, portanto, respeitar as escolhas políticas do demais Poderes, afastando-as apenas quando efetivamente conflitantes com princípios ou postulados normativos, hoje erigidos a normas superiores, primeiras e fundamentais, norteadoras do ordenamento jurídico, e que devem sempre pautar a prestação jurisdicional.

Assim, o julgador, analisará caso a caso, no âmbito abstrato e concreto, se a regra eleita pelo legislador ou o ato do Poder Executivo atende aos princípios e postulados.

---

<sup>86</sup> ÁVILA, H. Obra citada, p. 114-115.

<sup>87</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 116.

<sup>88</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 105.

Também quando ausente regra específica e, por isso, for necessária a determinação judicial da regra no caso concreto, os princípios e postulados deverão ser observados pelo magistrado.

Possível, nesta esteira de raciocínio, fazer uma releitura, por meio de uma “interpretação corretiva”<sup>89</sup> à luz da sistemática constitucional atual, do art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº. 4.657/1942), que prevê que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Numa primeira vista, pode parecer que a legislação determina a aplicação dos princípios apenas quando inexista regra específica, regra aplicável analogicamente, ou costume.

Tal leitura, contudo, estaria em flagrante confronto com o sistema constitucional posto, segundo o qual os princípios, bem como os postulados, ocupam posição de superioridade em relação à lei.

Quer parecer que a interpretação conforme a Constituição, a ser dada ao art. 4º. da Lei de Introdução, é a seguinte: ao prescrever que “quando a lei for omissa” terão aplicação os modos de composição do ordenamento ali previstos, determina-se que o julgador deverá dar aplicação à regra já previamente determinada pelo legislador.

Isso não afasta, em absoluto, o dever de controle de constitucionalidade dessa regra.

O julgador, destarte, deverá dar aplicação à regra prevista em lei (ainda que subjetivamente entenda que outra deveria ter sido a regra eleita), desde que tal

---

<sup>89</sup> ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 409.

comando, claro, seja consentâneo com os princípios gerais de direito e com os postulados normativos aplicativos.

Não pode, no entanto, aplicar princípios e postulados sem observar as regras já postas pelo Legislativo. Do contrário, “o intérprete estará conferindo à sua concepção pessoal acerca do melhor desenvolvimento do princípio maior importância do que à concepção majoritária, apurada pelos órgãos legitimados para tanto”<sup>90</sup>.

Em não existindo o regramento específico, a lei determina o caminho a ser seguido pelo julgador para compor o ordenamento.

Primeiro, recorrerá à analogia. Natural que assim seja, pois se o Legislativo já regulou determinada questão análoga à que deverá ser julgada, impõe-se a aplicação analógica dessa regra. Isso se, claro, estiver também em consonância com os princípios e postulados.

Acaso não exista regra aplicável por analogia, o julgador recorrerá aos costumes, que são fontes normativas e traduzem, de forma direta, a vontade da sociedade. “O costume é a fonte privilegiada do Direito, enquanto exprime directamente a ordem da sociedade, sem necessitar da mediação”<sup>91</sup>.

Também os costumes, por evidente, não poderão conflitar com princípios e postulados.

Enfim, acaso inexistam costumes que regulem determinada situação fática, o juiz recorrerá aos princípios gerais de direito.

Isso não quer dizer, como visto, que os princípios serão ignorados na aplicação das regras e costumes.

---

<sup>90</sup> BARCELLOS, A. P. de. Obra citada, p. 190.

<sup>91</sup> ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 241.

É que nesta etapa da composição do ordenamento os princípios já não funcionarão como filtros de controle de constitucionalidade, e sim como normas que determinam um fim a ser atingido, cuja conduta, a dar aplicação a esse fim, deverá ser determinada diretamente pelo julgador, com o propósito de suprir a lacuna verificada e solucionar a lide.

Conforme Ávila, “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”<sup>92</sup>, sempre respeitando o campo de abrangência dos princípios e os postulados normativos aplicativos.

A discricionariedade do julgador para determinar regras, portanto, possui caráter residual, e serve apenas para suprir as lacunas do ordenamento (sejam lacunas já existentes, ou mesmo as resultantes do afastamento judicial da aplicação de determinada regra), além de estar sempre jungida aos princípios e postulados.

Aplica-se, destarte, uma justiça de caráter prioritariamente objetivo, fundada sempre no ordenamento jurídico, e não, necessariamente, naquilo que pessoalmente o julgador entende como mais justo.

Não fosse assim, “pouco valeriam as decisões do Poder Legislativo se cada aplicação de um enunciado normativo se transformasse em um novo processo legislativo, no qual o aplicador passasse a avaliar, novamente, todas as conveniências e interesses envolvidos na questão, bem como todos os princípios pertinentes para, ao fim, definir o comportamento desejável”<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> ÁVILA, H. Obra citada, p. 26.

<sup>93</sup> BARCELLOS, A. P. de. Obra citada, p. 188.

Nesse contexto, tem-se que o comando da decisão judicial exsurge do ordenamento jurídico, nele busca sua legitimação, e a prestação jurisdicional, ordinariamente, não deve criar regras, mas apenas quando necessário o preenchimento de lacunas (hipótese em que a discricionariedade do magistrado, inovando a ordem jurídica no caso concreto, estará autorizada pelo ordenamento).

Claro, porém, que para aferir a regra, ou o comando normativo que emana do enunciado, não pode o julgador ficar preso aos limites estanques do texto legal, até porque “não é plausível aceitar a idéia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação”<sup>94</sup>.

Ao oposto, “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”<sup>95</sup>.

Ocorre que na lei “há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”, “há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação lingüística geral”<sup>96</sup>. (...) “Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir”<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> ÁVILA, H. Obra citada, p. 24.

<sup>95</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

<sup>96</sup> ÁVILA, H. Idem, ibidem.

<sup>97</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 25.

Assim, a interpretação do julgador terá sempre que respeitar os limites mínimos de significação dos enunciados, “de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados”<sup>98</sup>.

O texto de um enunciado “descreve um campo de possibilidades semânticas”, e “é dentro desse campo, que poderá ser mais ou menos amplo, mas em qualquer caso não é ilimitado, que a equidade poderá se desenvolver”<sup>99</sup>.

Cabe, aqui, uma crítica ao posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, que no Recurso Extraordinário nº. 140265/SP, consignou que “ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”.

Assim atuando, por melhor que seja sua intenção, o juiz inevitavelmente estará sendo arbitrário, porquanto imporá às partes aquilo que ele, particularmente, entende como justo.

Por isso, o senso de justiça do magistrado não deve servir propriamente como norteador da decisão a ser tomada desde o início analítico do caso concreto a ele submetido. Se assim for, o juiz, após vislumbrar a solução da lide que pessoalmente se lhe afigure mais justa, a tomará como norte, para depois buscar no ordenamento jurídico as normas que possam justificar seu posicionamento.

As normas serviriam, então, apenas para fundamentar uma decisão após já ter sido tomada, como se o magistrado não fosse, também, previamente submetido às prescrições legais.

---

<sup>98</sup> ÁVILA, H. Idem, p. 26.

<sup>99</sup> BARCELLOS, A. P. de. Obra citada, p. 223.

## Segundo lição de Ana Paula de Barcellos:

(...) em um Estado de direito, republicano e democrático, no qual se adota como pressuposto a igualdade de todos, a imperatividade do ordenamento jurídico decorre de contar, em última análise, com o respaldo de uma decisão majoritária, representada pela lei e/ou pela Constituição. Isto é: apenas uma decisão tomada em bases majoritárias, com a participação direta ou indireta das pessoas, pode ser considerada legitimamente obrigatória e capaz de desencadear os mecanismos de coerção do Estado. Nesse mesmo sentido, e deixando de lado outras considerações, a legitimidade da atuação judicial decorre igualmente de sua vinculação a decisões majoritárias.

Superou-se há muito, é certo, a ficção de que o juiz seria um agente neutro de execução de subsunções lógicas, não lhe cabendo qualquer papel criativo ou inovador. Se essa crença já era ilusória no século XIX e na primeira metade do século XX, que se dirá nos dias de hoje, tendo conta a abertura dos sistemas jurídicos contemporâneos? A visualização mais precisa do real papel do aplicador do direito, no entanto, não deve conduzir o debate a outro extremo. Continua a ser vedado ao juiz, em um Estado democrático de direito, inovar na ordem jurídica sem fundamento majoritário, sob pena de usurpar a competência própria dos demais poderes estatais<sup>100</sup>.

Logo, como a justiça a ser aplicada deve necessariamente respeitar as decisões políticas da sociedade, aferíveis por meio das normas impostas pelo ordenamento, o caminho a ser adotado pelo julgador deve ser o inverso ao que propõe o Ministro Marco Aurélio.

Isto é, deve-se buscar a solução da lide no sistema jurídico, considerando as regras pré-existentes, que serão afastáveis apenas quando em confronto com princípios ou postulados.

Mais correto, portanto, que a análise do caso perpasse as normas do ordenamento, servindo, o senso subjetivo de justiça, como orientador da interpretação. Assim, a subjetividade do julgador fica sempre jungida ao sistema normativo.

---

<sup>100</sup> BARCELLOS, A. P. de. Idem, p. 43-44.

Por fim, cumpre observar que as decisões judiciais deverão pautar-se pela racionalidade e justificação.

Racionalidade, segundo Ana Paula de Barcellos, “está ligada a dois elementos: (i) capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico e (ii) a racionalidade propriamente dita da argumentação”<sup>101</sup>.

Demonstrada dita conexão, “a decisão judicial se beneficia da presumida racionalidade do sistema jurídico”<sup>102</sup>.

Quanto ao segundo elemento ligado à racionalidade, Ana Barcellos faz a seguinte observação:

Muitas vezes, porém, o próprio sistema fornece fundamentos para diferentes decisões, e técnicas interpretativas diversas podem conduzir a resultados incompatíveis. Isto é: nem sempre o sistema indicará uma solução única e indisputada e, nessas circunstâncias, não bastará demonstrar alguma conexão com o sistema jurídico: é necessário demonstrar a racionalidade propriamente dita da conexão escolhida. Será necessário responder racionalmente a questões como as seguintes: Por que determinados enunciados estão sendo considerados e outros não? Por que uma determinada solução deve ser adotada e não outra, igualmente respaldada por fundamento normativo?

A justificação, por sua vez, está associada à explicitação desses motivos que determinaram a escolha de uma decisão, dentre outras que seriam possíveis<sup>103</sup>.

Infere-se, pois, que os postulados da razoabilidade, proporcionalidade e proibição do excesso, possibilitam o afastamento de normas que os desrespeitem. O julgador, no entanto, para obstar a aplicação de regras, encontra limites, na medida em que se submete às prescrições legais, devendo respeitar as opções políticas dos

---

<sup>101</sup> BARCELLOS, A. P. de. Idem, p. 42.

<sup>102</sup> BARCELLOS, A. P. de. Idem, p. 44.

<sup>103</sup> BARCELLOS, A, P, de. Idem, p. 45.

Poderes Legislativo e Executivo (mesmo que pessoalmente entenda que outra opção seria melhor), afastando-as apenas quando claramente ofenderem princípios e postulados. Ademais, a decisão deverá ser pautada pela racionalidade e justificação, e quando necessária à supressão de lacunas, a determinação judicial da regra no caso concreto deverá ser orientada pelos princípios e postulados.

## 8 CONCLUSÃO

No início deste trabalho, foram abordadas as espécies normativas, que segundo a classificação de Humberto Ávila, são as regras, os princípios e os postulados normativos aplicativos.

Regras são normas imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas. Estabelecem condutas que buscam realizar um fim.

Os princípios, ao oposto, são normas imediatamente finalísticas e mediatamente descritivas. Determinam a consecução de um estado ideal de coisas a ser atingido, mediante condutas estabelecidas pelas regras.

Os postulados normativos aplicativos, por sua vez, não se referem ao dever de promover um estado ideal de coisas, e sim ao modo como esse dever deve ser aplicado. Delineiam a estrutura de aplicação das regras e princípios, sem que prescrevam, direta ou indiretamente, condutas e comportamentos.

A razoabilidade, a proporcionalidade e a proibição do excesso, enquanto normas, são classificadas como postulados normativos aplicativos, pois determinam o modo de aplicação das regras e dos princípios.

Observou-se que a razoabilidade se manifesta como equidade, congruência e equivalência. Enquanto equidade, a razoabilidade exige que se presuma aquilo que normalmente acontece, e não o extraordinário, e as especificidades de cada caso devem ser levadas em conta pelo aplicador da norma. Como congruência, a razoabilidade exige um suporte empírico que respalde a edição da norma, que deve ter fundamento na natureza das coisas e no contexto sócio-econômico. Enquanto

equidade, a razoabilidade exige a equivalência entre a media adotada e o critério que a dimensiona.

A proporcionalidade se subdivide em critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O exame da adequação tem a função de eliminar meios que não promovam minimamente o fim proposto. A necessidade exige que dentre os meios adequados, seja escolhido aquele que intervenha do modo menos intenso. A proporcionalidade em sentido estrito prescreve que a promoção da finalidade terá de ter uma importância que justifique a restrição causada.

A proibição do excesso, por sua vez, diz respeito à impossibilidade de restrição do núcleo inviolável de determinado princípio, de modo que a realização de uma regra ou princípio não pode acarretar a restrição de um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia.

Verificou-se que os postulados em estudo operam não apenas num controle abstrato (plano preliminar de análise), mas também num controle concreto (plano conclusivo de análise) da lei ou ato.

No plano preliminar o julgador verifica se abstratamente determinada norma atende às prescrições dos princípios e postulados.

No âmbito concreto são levados em conta nuances e particularidades da questão a ser julgada, que não foram consideradas pela legislação abstratamente considerada, dada sua característica de generalidade.

No que toca, enfim, aos limites à subjetividade do julgador quando da aplicação dos postulados da razoabilidade, proporcionalidade e proibição do excesso, fez-se as seguintes considerações.

A possibilidade de revisão de leis e atos que sejam irrazoáveis, desproporcionais, ou que adentrem ao núcleo inviolável de um princípio, garante a segurança jurídica na medida em que possibilita a não submissão do jurisdicionado a regras injustas.

Os postulados devem servir à consecução da justiça, mas nunca prestar-se ao voluntarismo judicial. Para tanto, sua aplicação deve ser comedida, sem nunca olvidar-se que o julgador é também submetido às prescrições legais, e que o espaço para sua subjetividade ou discricionariedade, ao tempo em que é possibilitado pelo ordenamento, por ele também é contido, além de possuir caráter residual.

As regras, estabelecidas politicamente, e que estejam dentro do campo de atuação possível de um princípio, não podem, em observância à tripartição dos poderes, ser afastadas pelo julgador ao argumento de que outra conduta seria mais apropriada.

Conclui-se, enfim, que as regras são afastáveis pelo Judiciário, mas apenas se efetivamente conflitarem com determinado princípio ou postulado, sendo necessário que a decisão do juiz seja sempre pautada pela racionalidade e justificação, e quando necessária a fixação da conduta a ser imposta às partes, deverá, o juiz, igualmente respeitar os princípios e postulados.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

## FONTES CONSULTADAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº. 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Imóvel residencial. Impenhorabilidade. Para que o imóvel não se exponha à penhora, necessário que sirva de residência para o executado. Não basta seja o único de que tenha a propriedade se o dá em locação, em lugar de nele residir. Acórdão em Recurso Especial nº. 134853/SC. Roland Harold Dornbusch e Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A. – BANRISUL. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. DJ 13 out. 1997. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=134853&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=134853&b=ACOR)>. Acesso em: 18 ago. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Execução. Penhora de imóvel. Bem de família. Locação a terceiros. Renda que serve a aluguel de outro que serve de residência ao núcleo familiar. Construção. Impossibilidade. Lei nº. 8.009/90, art. 10. Exegese. Súmula nº. 7-STJ. I – A orientação predominante no STJ é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei nº. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado. II – Caso, ademais, em que as demais considerações sobre a situação fática do imóvel encontram obstáculo ao seu reexame na Súmula nº. 7 do STJ. III – Agravo Improvido. Acórdão em Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 685692/RS. Banco Itaú S/A. e Tito Lívio Machado. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. DJ 19 ago. 2002. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=385692&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=385692&b=ACOR)>. Acesso em: 18 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1 - Recurso extraordinário. Moldura fática. Intangibilidade. Considerações. No julgamento de recurso de natureza extraordinária, há de se distinguir entre o revolvimento de fatos e provas coligidos na fase de instrução e o enquadramento jurídico da matéria contida no próprio acórdão impugnado. A vedação limita-se ao assentamento de moldura fática diversa da

retratada pela Corte de origem para a mercê de acórdão inexistente, concluir-se pelo conhecimento do recurso. 2 – Ofício julgante. Postura do magistrado ao examinar a lide. O magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la. 3 – Recurso extraordinário. Princípio da legalidade. Ofensa. Ocorre a transgressão ao princípio da legalidade - artigo 5º., inciso II, da Constituição Federal – quando o Tribunal “a quo” admite a existência de norma legal impondo determinada exigência para o provimento do cargo e, no entanto, agasalha item do edital do concurso que a elastece. Isto acontece quanto ao interstício requerido para movimentação no magistério público – acesso ao cargo de supervisor de ensino. Se na Lei Complementar pertinente – nº. 444, de 27 de dezembro de 1985, do Estado de São Paulo – cuida-se do interstício para o provimento do cargo, descabe cogitar da aplicação de item do edital que acabe por retrotrair o implemento da condição a data em que realizada a inscrição no certame. Tal extravasamento resolve-se pela declaração de ilegalidade do ato administrativo, mediante conhecimento de recurso extraordinário, por violência ao princípio da legalidade, interposto contra decisão proferida em demanda rescisória para acolher o duplo pedido nela formulado – de rescisão do acórdão e, no juízo rescisório, de prolação de outro que implique a homenagem a ordem jurídica. Acórdão em Recurso Extraordinário nº. 140265/SP. Nacima Mahamud Navajas e Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 28 mai. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22 ago. 2008.