

1. INTRODUÇÃO

A interpretação e aplicabilidade de princípios jurídicos está estritamente aliada a definição de princípios. E quando se tem, como veremos a seguir, uma conceituação que se apega a um modelo referencial a ser seguido, imprescindível se torna a construção de uma estrutura de interpretação.

É justamente isso que se propõe o presente artigo: apresentar que é possível, a partir de dois níveis, construir uma interpretação que garanta que o texto normativo seja respeitado e não vilipendiado no momento em que se busca a norma. Texto normativo e normas, apesar das diferenças, são correlacionais, e o intérprete que interpreta o texto e define a norma não o faz (ou ao menos não deveria) fazer de maneira solipsista ou de modo a ignorar os sentidos do texto. Há sempre um padrão referencial de decisão contido no texto normativo.

Assim, pensou-se justamente na necessidade de se construir a seguinte estrutura: princípios jurídicos são referências para outras normas, que buscam sua finalidade. Veremos, a seguir, em toda discussão sobre princípio outras normas se apresentaram de alguma maneira como normas de acesso (acessar o conteúdo do respectivo princípio) ou normas de eficiência (garantir o acesso da melhor maneira possível), sendo necessário identificar o modelo de referência e os vínculos funcionais que dele decorrem.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: definindo princípios jurídicos

Para avançar na temática proposta é necessário registrar o conceito de princípio que se adota para o desenvolvimento do presente artigo. Para tanto, necessário se faz entender, que, como bem disse Adeodato, norma é um projeto para o futuro construído no presente, e que depende das condições empíricas do futuro, mas sem ignorar os significantes acordados no passado (ADEODATO, 2011, p. 157). A estrutura normativa, independente de seus elementos, serve a algo, assim, é imprescindível que se caminhe da estrutura à função, sem que a primeira análise eclipse a segunda (BOBBIO, 2007, p. 113).

Em todas as teorias, por mais distanciamento que exista quando da análise verticalizada de suas bases, há um ponto comum: ser referência a algo, pois a estrutura não é um fim em si mesma.

Para a linha adotada, a norma jurídica é um enunciado que serve como referência para o fim de determinar como as coisas devem ser. Assim, adota-se um modelo funcional de normatividade, e não meramente deôntico, semântico e interpretativo.

De acordo com o autor francês Antoine Jeammaud, a norma jurídica é muito mais do que mero enunciado deôntico (ou que possa ser transformado em deôntico), pois o direito estatal contemporâneo não se assemelha mais aos decálogos ou meros regimentos disciplinares. Ao situar as normas no gênero dos modelos, o autor coloca em evidência sua natureza instrumental de medida, de padrão, adotando uma teoria funcional da norma. Somente terá vocação para servir de modelo quando inserida num conjunto socialmente considerado como normativo, respeitadas as regras de validade (JEAMMAUD, 1994, p. 82-84)

Há uma correlação funcional em todo ordenamento de cariz constitucional, principalmente dentro do âmbito dos direitos fundamentais. A norma, sendo um modelo referencial, revela seu sentido a partir de sua função. Assim, a distinção entre princípios e regras não é semântica, não é de sintaxe, não é de objeto, não é densidade, não é de lógica, mas é apenas funcional. (VOLPE FIHO; MARTOS, 2020, p. 146-153).

Normas são enunciados linguísticos que têm vocação para servir de referência, determinando como as coisas devem ser ou deveriam ter sido. As normas serão princípios, quando os enunciados estiverem servindo como referência matriz a outras normas dentro de um sistema ou subsistema, ou seja, normas que, dentro de um contexto normativo, são a razão de ser de outras normas, ou, normas que conferem direitos e que por sua vez demandam proteção normativa.

Para entender se a norma é regra ou princípio, é preciso conhecer dois fatores: contexto normativo inserido e vínculo funcional com outras normas. O contexto normativo inserido demonstrará em qual sistema ou subsistema a norma está vinculada; o vínculo funcional mostrará qual a posição da norma no sistema ou no subsistema - o vínculo somente será revelado após a definição do contexto normativo.

A posição do enunciado e o vínculo funcional com outros enunciados revelam uma dimensão valorativa (axiológica) que justifica a própria existência de uma dimensão deontológica (LAPORTA, 1987). O referencial contido na norma (direito, dever, etc) passa a constituir a razão justificatória da existência de determinado conjunto normativo.

A norma que proíbe a utilização de prova ilícita no processo (art. 5º, LVI, CF) é um princípio ou uma regra? Pela proposta apresentada, é uma norma, por ser modelo de referência, porém, saber se se comportará como princípio ou como regra dependerá do conhecimento dos fatores descritos acima: contexto normativo e vínculo funcional. Situando a norma no contexto normativo dos direitos fundamentais, conjugando com outras normas do mesmo calibre, restará demonstrado que seu vínculo funcional é com algum direito fundamental que necessita desta disposição para sua

materialização/proteção; neste sentido, a norma será regra. Caso esteja situada no contexto normativo restrito ao processo penal, conjugando com outras normas dessa mesma natureza, será um princípio, pois a sua materialização/proteção clama por outras normas, que são regras, neste caso. Ao delimitar um sistema normativo (conjunto de norma que guardam relação de unidade), será possível extrair quais normas funcionam como veículos de proteção de um valor contido em uma outra norma, a qual é uma norma princípio.

Portanto, norma pode ser princípio ou regra, dependendo do contexto normativo e do vínculo funcional, obviamente extraídos de forma definitiva após o caso concreto (real ou fictício). Assim, princípio, enquanto norma jurídica, é o enunciado normativo que serve como modelo e que garante a unidade de um determinado sistema ou subsistema, pois é para ele que as outras normas funcionam, dentro da perspectiva daquele sistema segregado. Regras, por sua vez, são as normas que funcionam para que haja a materialização/proteção da norma (ou normas) que garante(m) a unidade do sistema ou subsistema.

Veja que a diferença de princípio e regra é comportamental. A norma, ora se comporta como princípio, ora se comporta como regra. O comportamento do enunciado depende do contexto normativo analisado (sistema), como visto, e do seu vínculo funcional com outras normas. À guisa de exemplo: quando a Constituição garante o direito à liberdade, tem-se uma norma (e não meramente um valor), pois serve como modelo institucional de decisão; esta norma é um princípio na medida em que figura, dentro do contexto normativo dos direitos fundamentais, como a razão de ser de outras normas do mesmo sistema. A liberdade religiosa, contextualizada com o direito à liberdade, tem um vínculo funcional de servir a este direito, portanto, é uma regra. Destacando essa norma (liberdade de crença religiosa) para outro contexto normativo, será possível extrair novos vínculos, e a depender da estruturação, a norma passará a ser princípio. Dentro do sistema normativo que regulamenta os cultos nos estabelecimentos prisionais, por exemplo, a liberdade religiosa será um princípio, enquanto a regra que autoriza o acesso de pessoas para a realização do culto é uma regra.

O texto normativo, identificável como princípio, somente o é em razão do objeto relacional que se constitui no decurso de um jogo hermenêutico, ou seja, dos objetivos e propósitos a que com ele e através dele se visam (STRECK, 2009, p. 357). Ao se interpretar um texto normativo não se faz por partes, desvinculando da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem do sistema (ou da Constituição). Existe uma compreensão antecedente da interpretação, a qual precede a aplicação. Essa compreensão exige, também, a captura do sentido atribuído a determinado texto pelo sistema ou subsistema (STRECK, 2014, p. 229-230). Nesta perspectiva, é necessário

estabelecer quais os vínculos funcionais de um conjunto normativo, para se chegar ao princípio que “abre” e “fecha” o sistema.

Obviamente, a análise do caso concreto pode modificar completamente o sistema normativo, e, conseqüentemente, a relação normativa dos textos predispostos. Em outros termos: por mais que abstratamente se identifique o texto como princípio, essa identificação é meramente provisória e falível; a norma somente poderá ser identificável com princípio a partir do momento que se tem um caso concreto, definindo os propósitos a serem alcançados mediante os vínculos funcionais estabelecidos.

3. INTERPRETAÇÃO FUNCIONAL: Identificação do princípio como modelo referencial

A premissa nuclear, quando da aplicação do direito, para que se possa identificar a norma/princípio como fim a ser perseguido é que se tenha um fato a ser analisado, seja real, seja hipotético. Verificou-se que, dogmaticamente, é possível extrair as funções normativas antes da norma em si, somente com base no texto normativo. No entanto, em se tratando de interpretação/aplicação, a norma jurídica somente se estrutura a partir dos dados linguísticos em torno do texto (programa da norma) e dos dados reais em torno do caso concreto (âmbito da norma).

Verifica-se que a relação necessária entre a dimensão jurídica (programa normativo) e a dimensão fática (âmbito normativo) é que possibilita alcançar a norma jurídica; somente após a interpretação, a norma é produzida, sendo realizada na linguagem, diante da problematização, quando contraposta aos fatos e à controvérsia judicial que pretende solucionar (ABBOUD, 2016, p. 65).

O dado que deve ser aceito é que texto e norma não se identificam, pois normas resultam da interpretação, sendo o conjunto de disposições (textos normativos) apenas ordenamento em potência. A norma será produzida pelo intérprete com base em elementos do texto (mundo do dever-ser) e também com base em elementos da realidade (GRAU, 2013, p. 45). Como se nota, o texto-da-norma constitui a formulação linguística, é o teor literal produzido por um procedimento ordenado e estruturado por outras normas e que atua como verdadeiro fio condutor da norma, sendo apenas, seu teor literal, a ponta do *iceberg* (HERANI, 2010, p. 79).

Nesta trincheira, o processo interpretativo deve ter um caráter produtivo, e não meramente reprodutivo (STRECK, 2009, p. 117). A concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da

norma a concretizar, a qual não cabe desvincular nem da pré-compreensão do intérprete nem do problema concreto a solucionar (STRECK, 2009, p. 310). Com isso, embora a norma seja resultado da interpretação do texto, ela não subsiste separadamente do texto e nem do fato (STRECK, 2009, p. 312).

Assim, após a delimitação da matéria fática, é essencial que o intérprete identifique qual norma (texto normativo, para ser mais preciso) está sendo perseguida. Defende-se que, em se tratando de princípios jurídicos, em todas as situações fáticas, há de ter uma norma núcleo, donde outras derivam.

Logo o intérprete tem que entender qual (ou quais) princípio(s) jurídico(s) está(ão) sendo implicada(s) no presente caso. Em toda discussão envolvendo direitos fundamentais, por exemplo, há implicação em pelo menos um princípio, pois estas são normas núcleos, a partir das quais toda funcionalidade normativa dirige a sua realização.

Daí a importância de identificar a partir do texto normativo qual a natureza da norma de direito fundamental, com base no vínculo funcional estabelecido.

Quando ocorrer a aplicação ter-se-á a norma, mas, previamente, identificou-se o destino a ser alcançado, pois o texto normativo nuclear estava, desde o início, implicado pelo caso concreto.

Aqui reside a importância da definição conferida aos princípios jurídicos. A identificação da norma implicada representa a identificação do princípio jurídico que regulará a situação.

Identifica-se o princípio que regula a matéria, e a partir dele, como será abordado no próximo tópico, as outras normas que funcionaram como regras. Por isso que princípio não é complementar à regra, e sim essencial, pois tem a natureza paradoxal de “abrir e fechar” o ciclo interpretativo visando à aplicação da norma.

Análises de julgados emblemáticos pelo Supremo Tribunal Federal ajudam a entender a arquitetura proposta. A questão envolvendo as cotas raciais, julgada como constitucional, revela o quão importante é o entendimento sobre a natureza dos princípios implicados no caso concreto. O objeto da ação constitucional (ADPF 186), ajuizada pelo Partido Democratas - DEM, era a declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília, os quais instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes. Isto é, implementação de ações afirmativas que são exemplos claros de acesso à justiça por meios não jurisdicionais, visando à confirmação de um princípio constitucional (igualdade).

Basicamente, alegou o partido arguente que os atos da Universidade ofendiam os arts. 1º,

caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, e 208, V, todos da Constituição Federal. Sustentava, em síntese, que a discriminação supostamente existente no Brasil é uma questão social e não racial, assim, inexistia proporcionalidade na medida.

A parte principal do acórdão foi assim ementada:

Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

O Plenário do Supremo, por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade do sistema de cotas, avalizando as ações afirmativas como instrumento de discriminação reversa, aptas a prestigiarem o princípio da igualdade.

Vários argumentos de cunho jurídico, sociológico, antropológico, filosófico, histórico, de direito comparado, foram utilizados em praticamente todos os votos. No entanto, a argumentação em plano geral pode ser resumida com o seguinte trecho do Ministro Relator Ricardo Lewandowski:

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

A proposta deste artigo é que, independentemente da argumentação utilizada, exista um referencial matriz a ser perseguido: princípio. Quando da instituição das cotas raciais, a Universidade de Brasília adotou um mecanismo de acesso à justiça, para possibilitar uma diminuição na desigualdade racial histórica e culturalmente presente na sociedade brasileira.

A tese contrária às cotas raciais parte de um outro ponto de vista, qual seja, ofensa à igualdade, pois implica em tratamento diferenciado em razão de um critério que não é desnivelador (raça), havendo outro critério que acarreta o desequilíbrio (econômico-social).

Como elemento essencial para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, o jurista deve determinar qual norma (princípio) está implicada no caso, isto é, a decisão normativa que se persegue busca qual conteúdo revelador direto da dignidade da pessoa humana? No presente caso,

resta evidente que é a igualdade, que funciona como princípio regulador do caso, de forma principal e não subsidiária ou complementar à regra. A igualdade está implicada tanto nos argumentos favoráveis à ação afirmativa, quanto nos contrários. Todas as outras normas citadas ou teses mencionadas se vinculam (ou deveriam se vincular), direta ou indiretamente, ao princípio da igualdade.

Dentro dessa perspectiva, inexistente colisão entre princípios, que pudesse justificar a utilização da regra da proporcionalidade. Não que devesse ser utilizada em eventual caso de conflito, mas, mesmo aos adeptos dessa linguagem interpretativa, há que verificar a existência de um conflito, pois em muitos casos existe um falso conflito.

Assim, a partir do momento em que se tem como certa a norma (princípio) implicada pelo caso concreto, necessário se faz descobrir quais as conexões normativas aptas a realizarem a citada norma, entrando em cena o segundo elemento desse projeto de arquitetura interpretativa.

4. INTERPRETAÇÃO FUNCIONAL: Compreensão dos vínculos funcionais existentes entre os textos normativos

O texto normativo revela, como visto, um padrão referencial de decisão. A norma será justamente o resultado da compreensão e interpretação deste texto normativo. Dentro da concepção apresentada, todo texto normativo de direito fundamental (princípios) é um modelo funcional que se vincula a outro modelo funcional, em um sistema de níveis funcionais a fim de alcançar o padrão núcleo, já que alguns direitos derivam de outros.

O material fático (real ou fictício), independente da denominação que a ele se atribua, é imprescindível para o resultado normativo que se dará após a interpretação. Isso, no entanto, não exclui a possibilidade de, abstratamente, verificar a funcionalidade de cada norma de direito fundamental, a partir do texto normativo. Essa verificação, logicamente, é meramente provisória e busca especificamente encontrar uma racionalidade dogmática na construção do sistema normativo.

No entanto, quando do julgamento do caso concreto, após a identificação do texto normativo matriz (princípio), os vínculos funcionais normativos serão revelados de forma definitiva, com base naquele material fático.

Quais caminhos normativos foram traçados pelas normas para o alcance do princípio referencial? Em palavras mais diretas, o intérprete deverá verificar se existem normas condicionando, de alguma forma, a realização da norma/princípio. A natureza de fundamentalidade dessas normas

impede que sejam ignoradas, pois podem impor cláusulas de exceção, limitação ou de cumprimento impositivo.

A identificação de normas que funcionam a partir do princípio revela sua natureza normativa de regra; é dizer, funcionam para que haja a materialização/proteção da norma (ou normas) que garante(m) a unidade do sistema ou subsistema.

Ao analisar a presunção de inocência, por exemplo, dentro da construção dos vínculos funcionais, resta evidente que a razão de ser do texto normativo disposto no inciso LVII, art. 5º da Constituição (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) é assegurar a liberdade do indivíduo, e não meramente impedir a pecha de culpado perante um órgão institucional ou uma comunidade. Nesta vertente, fica claro que a norma em questão condiciona a prisão, por meio da culpabilidade. Para alcançar o princípio (liberdade) somente esta leitura é possível, do contrário, tem-se que a norma esculpida sobre o rótulo de “presunção de inocência” tem por objetivo somente evitar que, de forma institucional ou social, a pessoa seja apontada como culpada; o que seria um despropósito e um vazio sem precedentes.

Identificado o princípio a ser perseguido frente ao caso concreto, denota-se que a presunção de inocência não é um fim em si mesma, eis que funciona em segundo nível, como norma conectada ao núcleo principiológico, entendida aqui como proibição de se aplicar uma sanção penal até o trânsito em julgado, isto é, protege o direito de liberdade (núcleo principiológico). Aquele que refutar tal argumento necessita, então, determinar se a presunção de inocência é um fim em si mesma ou se não for, qual fim deseja alcançar. Certamente será um caminho circular, pois voltará para a proteção da liberdade do acusado penalmente.

Voltando ao julgamento sobre as cotas raciais, após identificar que a norma/princípio implicada é o princípio da igualdade, o intérprete deve identificar se há conexões normativas condicionando a realização deste princípio frente ao caso concreto. Denota-se que não existe norma versando sobre cotas raciais, nem mesmo sobre ações afirmativas em sentido amplo, seja na estrutura dos direitos fundamentais, seja no restante da Constituição.

As normas constitucionais citadas pelos autores da ação, em sua imensa maioria, não possuem vínculo funcionais com o princípio da igualdade - pelo menos não para o julgamento deste caso concreto.

O art. 1º, caput e inciso III, da Constituição versam, respectivamente sobre o Princípio Republicano e a Dignidade da Pessoa Humana, não merecendo guarida dentro da lógica interpretativa que aqui se sustenta. O Princípio Republicano é extremamente abrangente, porém, é cediço que sua

vinculação é, em primeira linha, política e não humanista, pois na linha de Celso Lafer (LAFER, 1989, p. 221-222), sua associação está enraizada na ênfase ao bem público, que não deve ser confundido com o interesse particular e o princípio federalista como fórmula capaz de conciliar o tamanho com a proximidade.

Sobre a dignidade da pessoa humana, sua citação é, além de vaga, desnecessária, pois, como visto, todos os direitos fundamentais de certa forma a ela se vinculam.

O art. 3º, inciso IV da Lei Maior (vedando o preconceito e a discriminação racial) é objetivo do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito. Sendo objetivo, seu alcance, em um primeiro momento, ocorre pela normatização de direitos e garantias, estando aí a matriz a ser citada objetivamente.

Com relação ao art. 5º, o caput da Constituição já explicita a norma perseguida. O inciso I do mesmo artigo, como será visto, possui vínculo funcional com o princípio da igualdade, na medida em que para se ter igualdade, a lei deve tratar todos de forma isonômica.

Os incisos II (legalidade), XXXIII (direito à informação de órgãos públicos), XLII (combate ao racismo) e LIV (devido processo legal), todos do art. 5º da Carta Magna, também não possuem vínculo funcional com o princípio a ser alcançado. O princípio da legalidade está fora do raio do caso em questão, tanto que sequer foi objeto de análise quando do julgamento, haja vista a inexistência de discussão sobre a formalidade do ato jurídico instituidor das cotas raciais. O direito à informação de órgãos públicos não possui vínculo algum com as cotas raciais, notando-se a inexistência de qualquer argumento que pudesse conjugá-lo com o caso em análise. O devido processo legal foi mencionado como substrato do princípio da proporcionalidade, demonstrando a falta de conhecimento sobre a temática, na medida em que a proporcionalidade não é princípio e sim regra.¹ De qualquer forma, a inicial faz um jogo retórico para demonstrar que as cotas raciais não passam pelo critério da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). No entanto, sem adentrar para a correção de tal critério, sequer demonstra a existência de colisão entre princípios e quais são seriam os princípios que estariam em conflito.

A proibição do racismo (art. 5º, inciso XLII da Constituição) possui vínculo funcional direto com a norma igualdade, na medida em que a base do combate ao racismo é a inexistência de qualquer diferença entre as pessoas.

¹ “O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações.” (DA SILVA, Vírgilio Afonso. **O proporcional e o razoável**. In Revista dos Tribunais, v. 91, n. 798, abr. 2002. p. 25)

Os princípios nucleares da administração pública (art. 37 da Constituição) estão fora de análise, face a sua não vinculação com a estrutura típica dos direitos fundamentais da pessoa humana. Ademais, de uma forma ou de outra, são meros reflexos dos argumentos atribuídos à igualdade.

O direito universal à educação (art. 205 da Constituição) tem vínculo, no presente caso, com a igualdade, na medida em que garante a todos as mesmas oportunidades de ensino, o que demonstra a conexão funcional com a norma identificada. Assim como o art. 206, caput e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino), que é norma de acesso à igualdade de ensino.

O art. 207, caput (autonomia universitária) da Constituição possui vínculo, face ao caso concreto, com a norma/princípio identificada, na medida em que é norma de eficiência para aplicação (ou não) de políticas de inclusão social, as quais possibilitam o acesso à justiça.

Por fim, o art. 208, inciso V (princípio meritocrático para acesso ao ensino) não pode ser levado em consideração para o julgamento do caso concreto, já que está fora do contexto de vínculo funcional com o princípio da igualdade. Ora, o Estado deve proporcionar o acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um, o que se relaciona com a aptidão, e não com meritocracia. Mas, ainda que assim não fosse, a norma criada não retira a meritocracia, pois não basta ser negro para ter acesso, o vestibular não é dispensado.

Em resumo, a análise do caso concreto, que busca perseguir a justiça representada pela igualdade, perpassa pelas seguintes normas: art. 5º inciso I (igualdade perante a lei); art. 5º, inciso XLII (combate ao racismo); art. 205 (direito universal à educação); art. 206, caput e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino); art. 207, caput (autonomia universitária).

É preciso saber se os conteúdos dessas normas impedem ou prestigiam a política de cotas raciais aos estudantes universitários. Se os vínculos funcionais estabelecidos garantem a igualdade com as cotas, ou se com a implementação das cotas haverá ofensa ao referido princípio. Denota-se que a igualdade perante a lei, o combate ao racismo, o direito universal à educação e a igualdade nas condições de acesso ao ensino são normas de acesso à igualdade, atuando em um segundo nível, pois são modelos funcionais aptos a atenderem a igualdade, mediante as ações afirmativas. Enquanto a autonomia universitária é norma de eficiência do acesso à igualdade, permitindo que as Universidades Públicas tenham independência para implementarem as políticas de acesso à justiça.

A solução, com este recorte, está nas normas de acesso e de eficiência, no sentido de saber se elas possibilitam a realização da igualdade, buscando equilibrar situações desiguais.

Necessário se faz explicar melhor o que se entende por norma de acesso e norma de eficiência. A norma fim (princípio-modelo referencial) necessita de outras normas para que seja

realizada, daí o vínculo funcional, e o tratamento em nível é somente para destacar que há um fim a ser perseguido. Em verdade, há uma correlação entre as normas princípios bastante característica, sendo possível extrair um conjunto normativo que repousa na ordem para ser alcançado, materializado, enquanto outros servem a este conjunto, justamente para auxiliar na materialização.

Os princípios referenciais são constituidores; são normas com alto grau de abstração, que transformaram os mais importantes valores (valores-fim) em um modelo referencial que (aparentemente) se esgota em si mesmo.

As normas/princípios são tanto ponto de partida, como ponto de chegada. Essa natureza paradoxal é exclusiva do princípio, pois consegue guiar de forma originária a produção normativa legislativa, e ao mesmo tempo se postar como destino a ser alcançado.

As normas de acesso ao princípio são assim denominadas face à dependência funcional com as normas de primeiro nível. Ainda que se reconheça que são ao mesmo tempo direitos e garantias, sua criação tem um objetivo específico, já definido pelo próprio enunciado: garantir a efetivação do princípio; garantir que a norma/princípio se concretize. A norma de acesso, enquanto modelo referencial, é utilizada como padrão funcional direto da norma/princípio.

Em relação às normas de eficiência, essas estão vinculadas diretamente às normas de acesso à justiça, para que o caminho seja mais eficiente e mais condizente com o princípio que se pretende alcançar.

O enunciado normativo “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º, I, CF) estabelece uma norma para alcance de um direito fundamental, denominado de direito à igualdade (art. 5º, *caput*). Denota-se que essa norma especifica uma das formas de garantir a igualdade (tratamento igual na lei), estando em segundo nível.

Entende-se que, de maneira holística, todo o ordenamento jurídico é um instrumento de garantia, mas para que alcance esse objetivo necessita entender o que garantir, de que forma e como garantir. As normas/princípios explicitam a pergunta “o que garantir?”, enquanto as normas de acesso explicitam duas indagações: “qual a forma de garantir” e “como garantir?”. A norma de eficiência é ainda mais específica, pois indaga: “como e de que forma garantir com mais eficiência?”

Portanto, toda interpretação principiológica necessita da identificação da norma/princípio implicada, e demais normas que garantem, com maior eficiência possível, sua concretização.

Voltando ao caso analisado, não se quer aqui simplesmente ratificar a decisão ou confrontá-la, mas apenas mencionar que a adoção da interpretação funcional garante uma visão mais clara, objetiva, menos tumultuada do material normativo que regulará o caso concreto. Denota-se que

inexiste conflito entre princípios, pois a questão necessita apenas saber sobre a definição e alcance da igualdade frente às cotas raciais com base nos textos normativos que possuem vínculos funcionais.

A solução do caso apresentado, nas palavras do Ministro Luiz Fux (ADPF 186) passa pelo entendimento da função da política de cotas: “permitir que a universidade seja capaz de formar um corpo discente plural, capaz de abarcar pessoas oriundas de camadas carentes da população e de minorias desfavorecidas, construindo um futuro promissor em termos de integração e inclusão social.” Tal função, pela visão do Supremo Tribunal Federal, está condizente com o arcabouço normativo constitucional que regula a matéria.

Mais um caso será destacado para exemplificar a utilidade na interpretação e aplicação dos princípios à luz do conceito da estrutura interpretativa proposta.

Trata-se do caso envolvendo o ensino religioso em escolas públicas (ADI 4439), que teve por objeto o art. 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB), e o art. 11, § 1º, do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil (doravante Acordo Brasil-Santa Sé ou simplesmente Acordo), aprovado pelo Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado pelo Decreto nº 7.107/2010. Em verdade, o Procurador Geral da República buscava a declaração de inconstitucionalidade dessas normas alegando que o ensino religioso nas escolas públicas só pode ser de natureza não confessional – não pode ser confessional (vinculado a uma religião) ou mesmo interconfessional ou ecumênico. Alegava que o princípio da laicidade imporia ao Estado uma postura neutra em relação às diferentes orientações diante do fenômeno religioso.

Por maioria (6x5) o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação direta, declarando constitucionais os artigos 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e 11, §1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

O argumento forte utilizado pela maioria está pautado no art. 210, parágrafo 1º, que, segundo o raciocínio alinhado no voto do Ministro Alexandre de Moraes, não faria sentido garantir a frequência facultativa às aulas de ensino religioso se esse se limitasse a enunciar, de maneira absolutamente descritiva e neutra, princípios e regras gerais das várias crenças.

Pela proposta apresentada, o intérprete deve, inicialmente, entender qual(is) princípio(s) está(ão) implicado(s) no presente caso. O caso concreto é saber se a Constituição autoriza o ensino confessional em escolas públicas, isto é, se relaciona diretamente com a liberdade, especificamente

no presente caso, com a religiosa (art. 5º VI, Constituição - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias).

A Constituição disciplinou, mediante normas de acesso e de eficiência do acesso, a questão envolvendo a temática, sendo que dois textos normativos estão funcionalmente vinculados à liberdade religiosa neste caso: art. 19, I e art. 210 parágrafo único². A primeira norma promove a laicidade (norma de acesso) do Estado e a segunda disciplina o ensino religioso em Escolas Públicas (norma de eficiência).

Denota-se que para alcançar a liberdade religiosa, de acordo com o regramento constitucional, o Estado não pode intervir e as Escolas Públicas podem promover ensino religioso, desde que seja facultativo. Como apontado, a tese vencedora embasou-se no seguinte raciocínio: se ensino fosse não confessional, não seria necessário a previsão de matrícula facultativa; só é facultativa pelo fato de ser confessional.

O conteúdo do ensino religioso não pode ser estabelecido sem a constatação de que existe uma norma de acesso (laicidade) conduzindo à satisfação da liberdade religiosa, enquanto a norma que prevê o ensino facultativo em escola pública é norma de eficiência do acesso à justiça. É dizer: o alcance do princípio (liberdade religiosa), mediante a laicidade do Estado, ocorrerá da melhor forma possível se o ensino religioso for facultativo, e, obviamente, não confessional.

Ao concluir que o art. 210, parágrafo 1º da Constituição autoriza o ensino confessional, tem-se por certo que tal norma foi considerada como um fim em si mesma, quando se trata de norma de eficiência da laicidade do Estado, e não o contrário. Fosse o contrário, o Estado não seria laico, já que inexistiria laicidade parcial. A escolha em fazer ou não fazer a disciplina confessional não retira o aspecto religioso do Estado, pois, mesmo sendo facultativa, já se tem operada a interferência do Estado em aspectos religiosos, o que o afasta da laicidade. O que condiciona a realização da norma/princípio é o fato de ser ou não confessional, e não sua natureza facultativa.

Neste caso analisado, o princípio da liberdade religiosa é a norma que vincula todas as outras, e não o contrário. Sua natureza principiológica, como norma/princípio, impõe que as outras normas

² Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

funcionem como regras, devendo obediência a sua conformação com o caso concreto. Ao ser perquirido qual a razão de ser da norma que possibilita o ensino religioso, a resposta deve estar em harmonia com outras normas constitucionais do mesmo contexto normativo. É evidente que a laicidade condiciona a forma do ensino religioso, para o bem da liberdade religiosa. De forma contrária, culminar-se-ia no absurdo de se concluir que o ensino religioso condiciona a forma da laicidade brasileira, o que afetaria diretamente a liberdade religiosa. Acessar à justiça revelada pela liberdade religiosa é entender que se faz necessário um conjunto normativo que conduza a tal fim, o que implica em considerar a laicidade e o ensino não confessional como norma de acesso à justiça e norma de eficiência desse acesso.

O quadro pode ser assim resumido: norma/princípio (liberdade, especificamente, liberdade religiosa) é acessada pela norma de acesso (laicidade), que por sua vez tem uma norma que lhe confere mais eficiência (ensino religioso não confessional facultativo). Se a última parte desse quadro constar “ensino religioso confessional facultativo” romperia com a linha funcional, impedindo a realização da norma/princípio, pois, ao fim e ao cabo, inexistiria liberdade religiosa.

Portanto, raciocinar mediante vínculos funcionais impede de reduzir a questão à análise de norma que não são fim em si mesma, mas sim textos normativos construídos dentro de uma estrutura de conexões funcionais coerentes para a realização de outra norma.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: um resumo necessário

Considera-se que, a partir da construção de princípios como o enunciado normativo que serve como modelo e que garante a unidade de um determinado sistema ou subsistema, pois é para ele que as outras normas funcionam, dentro da perspectiva daquele sistema segregado, e de regras, que funcionam para que haja a materialização/proteção do princípio que garante a unidade do sistema ou subsistema, deve ser pensado uma hermenêutica estruturada em dois elementos basilares: identificação da norma/princípio como fim a ser perseguido e compreensão dos vínculos funcionais existentes entre os textos normativos.

A identificação do texto normativo que contemple o conteúdo principiológico que se quer alcançar é imprescindível, dentro do raciocínio funcional, pois em toda discussão envolvendo direitos fundamentais, por exemplo, há implicação em pelo menos um princípio, já que são normas núcleos, a partir das quais toda funcionalidade normativa dirige a sua realização.

Quando ocorrer a aplicação ter-se-á a norma, mas, previamente, identificou-se o destino a

ser alcançado, pois o texto normativo nuclear estava, desde o início, implicado pelo caso concreto. Aqui reside a importância da definição conferida aos princípios jurídicos. A identificação da norma implicada representa a identificação do princípio jurídico que regulará a situação. Ao se identificar a norma está se identificando o princípio que regula a matéria, e a partir dele as outras normas que funcionaram como regras.

Após a identificação do texto normativo matriz, os vínculos funcionais normativos serão revelados de forma definitiva, com base no material fático, devendo o intérprete verificar se existem normas de acesso ou de eficiência do acesso condicionando, de alguma forma, a realização da norma/princípio. A natureza de fundamentalidade dessas normas impede que sejam ignoradas, pois podem impor cláusulas de exceção, limitação ou de cumprimento impositivo. A identificação de normas que funcionam a partir da norma/princípio revela sua natureza normativa de regra; é dizer, funcionam para que haja a materialização/proteção da norma (ou normas) que garante(m) a unidade do sistema ou subsistema.

A utilização desses dois níveis funcionais em sede de interpretação e aplicação da norma auxilia o intérprete a detectar, com base no caso concreto, qual o princípio que se quer alcançar/proteger e quais as formas dispostas na Constituição para tanto. Resultando uma interpretação/análise funcional dos princípios jurídicos, e não meramente declaratória ou deontica.

6. BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Sobre principios y reglas**. In Doxa, n° 10, 1991.

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

BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. In Revista dos Tribunais, v. 91, n. 798, abr. 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HERANI, Renato Gugliano Herani. **Controle de Constitucionalidade das Leis Pré-Constitucionais**. São Paulo: Método, 2010.

JEAMMAUD, Antoine. **A norma jurídica como modelo**. Tradução Fernando Herren Aguillar. In Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Porto Alegre, n. 10, jul. 1994.

LAFER, Celso. **O significado de República**. In Estudos Históricos. Rio de Janeiro. vol. 2. n. 04. 1989. p. 221-222. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2286/1425>.

LAPORTA, Francisco. **Sobre el concepto de derechos humanos**. In: Doxa, n° 4, 1987.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Perter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RAZ, Joseph. **On the Nature of Rights**. In Mind, Oxford University, New Series, Vol. 93, n. 370, Apr. 1984, pp. 194-214. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2254002>. Acesso em 14 nov. 2017.

STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto; Martos, José Antônio de Farias. **Diferença entre princípios e regras: uma visão orgânica e funcional**. In Cadernos do Programa de Pós-Graduação: Direito UFRGS. Volume 15. n. 1. 2020. p.146-163.