

# **Notas sobre a estrutura e a interpretação das normas de direitos fundamentais**

*Notes on the structure and the interpretation of the rules of fundamental rights*

Laudenir Fernando Petroncini<sup>1</sup>

## **Resumo**

Neste artigo, discutem-se os resultados de pesquisa, realizada por meio método indutivo e elaboração de relato, a partir de questões relacionadas à interpretação de normas jurídicas, especialmente as que dizem respeito aos direitos fundamentais, abordando etapas que o intérprete deve cumprir, a fim de aplicar a norma a um caso específico. Inicialmente, trata-se da relação entre enunciado normativo e normas, bem como o processo de interpretação através do qual se chega ao segundo a partir do primeiro. Em seguida, explora-se a distinção entre regras e princípios, considerados como espécies distintas de normas, com uma breve incursão sobre os critérios e métodos de resolução de conflitos entre essas espécies normativas. Por fim, trata-se da atribuição, através da interpretação, de conteúdo semântico e definição estrutural de normas.

**Palavras-chave:** Enunciado normativo. Norma. Direitos fundamentais. Regras. Princípios.

## **Abstract**

This paper discusses the results of research conducted by inductive method and report formulation from matters relating to the interpretation of legal provisions, especially those relating to fundamental rights, addressing steps that the interpreter should meet in order to apply the rule to a specific case. Initially, the relationship between legal norm and standards are analysed, as well as the interpretation process that flows from the second to the first. Later, the distinction between rules and principles are explored considering as distinct species of standards, with a brief foray on the criteria and methods of resolving conflicts between these regulations. Finally, the interpretation of semantic content and structural development of standards are assigned.

**Key-Words:** Normative statement. Norms. Fundamental rights. Rules. Principles.

---

1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, na linha de pesquisa Direito e Jurisdição, sendo este artigo científico apresentado como requisito parcial para a conclusão da disciplina Fundamentos da Percepção Jurídica, orientada pelo Professor Doutor Cesar Luiz Pasold.

## **Introdução**

A investigação científica apresentada neste artigo foi desenvolvida por meio da utilização do Método Indutivo nas fases de investigação e da elaboração do relato do resultado da pesquisa realizada.

Utiliza-se como referência fundamental a teoria jurídica dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy. Vale-se também principalmente do desenvolvimento dessa teoria por Virgílio Afonso da Silva, conquanto buscando suporte também nos estudos de outros autores.

A pesquisa bibliográfica realizada claramente não foi exaustiva. Algumas obras pesquisadas não foram mencionadas, mas isso se deveu à circunscrição que se pretendeu dar ao tema. Pretende-se, no futuro, o desenvolvimento mais extensivo do tema, com a agregação de contribuições que, neste momento, dado o escopo do artigo, não puderam ser aproveitadas.

O artigo se desenvolve apresentando as etapas da interpretação das normas de direitos fundamentais – embora não aplicáveis exclusivamente a elas –, desde o momento em que o intérprete se defronta com o enunciado normativo fornecido pela atividade legislativa, passando pela solução de conflitos entre normas cujas prescrições se choquem – sejam conflitos entre regras, entre princípios, ou entre uma regra e um princípio.

Busca-se, além de investigar qual das normas deve ser aplicada a um determinado caso e qual a extensão dessa aplicação, lançar alguma luz também sobre a atividade de integração daquelas normas de direitos fundamentais marcadas por uma estrutura aberta, indeterminadas, no que respeita ao seu conteúdo semântico ou estrutural.

### **1. Distinção entre enunciado normativo e norma**

O estudo dos direitos fundamentais oferece grandes desafios, sendo certo que não se pode desenvolver sem consideração à teoria jurídica dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy. Eduardo de Avelar Lamy

observa que Alexy se concentrou no estudo da dogmática dos direitos fundamentais, dos direitos fundamentais contidos na lei fundamental, construindo “uma teoria ligada ao direito positivo dos ordenamentos jurídicos”.<sup>2</sup>

Afirma Lamy:

Assim, na dimensão epistemológico-analítica, segundo aquele autor, a ciência que estuda a dogmática jurídica buscaria conceituar o direito, construindo e aperfeiçoando um sistema epistemológico dotado de clareza e coerência. [...]

Por sua vez, a dimensão empírica da dogmática jurídica preocupar-se-ia tanto com o direito positivo objetivamente considerado, como com a utilização, na argumentação jurídica, de premissas constatáveis de forma empírica junto à realidade fática. [...]

Por último, a dimensão normativa que a dogmática jurídica tem seria aquela em que os estudos dependem essencialmente do exercício crítico havido na análise do direito positivo em seu mais amplo sentido, incluindo-se nesta dimensão a avaliação do discurso oriundo dos operadores jurídicos, bem como aquele advindo do legislador.<sup>3</sup>

Aqui são abordadas apenas questões relacionadas a essa última dimensão, mais especificamente às normas que veiculam direitos fundamentais e a forma de sua interpretação quando o respectivo enunciado apresente uma textura aberta.

Um primeiro e necessário passo deve ser dado na direção da compreensão da distinção entre *norma* e *enunciado normativo*.

Robert Alexy destaca a necessidade de que o estudo dos preceitos normativos de direito fundamental seja realizado no nível das normas que veiculem esses direitos, de forma a não se restringir à análise do enunciado normativo por meio do qual essa norma restou positivada<sup>4</sup>.

Para explicar a diferença entre norma e enunciado normativo, Alexy recorre ao texto do art. 16, § 2º, 1, da Constituição alemã, que estabelece: “Nenhum alemão pode ser extraditado”<sup>5</sup>.

---

2 LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de Processo Civil**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. 358p. (Coleção Ensaio de Processo Civil, vol. 1), p. 139.

3 LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de Processo Civil**, p. 139.

4 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. 2 tir. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. Título original: *Theorie der Grundrechte*, p. 54.

5 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 53.

Esse é o enunciado normativo, cuja significação, se expressa por meio de alguma das modalidades deônticas básicas do dever, da proibição ou da permissão, que consistirá na norma jurídica correspondente.

Esse enunciado expressa a norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão. Que é proibido que um alemão seja extraditado é o que significa o enunciado “nenhum alemão pode ser extraditado”. Uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo.<sup>6</sup>

Segundo o autor, uma mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados. Assim, a norma referente à proibição da extradição de alemães, veiculada na Constituição alemã por meio do enunciado “nenhum alemão pode ser extraditado”, poderia ser expressa por meio de outras formulações, como por exemplo: “é proibido extraditar alemães” ou “alemães não podem ser extraditados”.<sup>7</sup>

A definição do conteúdo e dos limites de um direito fundamental, assegurado por meio de uma disposição constitucional, não pode ser alcançada, portanto, sem que, em primeiro lugar, seja desvendado o alcance normativo do seu respectivo enunciado. É preciso, em primeiro lugar, revelar a norma subjacente à formulação resultante da atividade legislativa.

## **2 Regras e princípios como espécies normativas**

Uma segunda distinção essencial é apresentada por Robert Alexy, agora relacionada com a estrutura das normas de direito fundamental, qual seja a existente entre regras e princípios jurídicos, distinção que segundo o autor “é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”.<sup>8</sup>

Segundo Robert Alexy, as regras e os princípios são espécies de um

---

6 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 53/54.

7 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 54.

8 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 85.

mesmo gênero, qual seja: a norma. Tanto aos princípios quanto as regras são normas expressas por meio das modalidades deônticas básicas, são prescrições do dever-ser. Nas palavras do autor:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>9</sup>

O que distingue essas espécies é a expectativa de realização daquilo que cada uma delas prescreve. Tanto a regra quanto o princípio podem estabelecer obrigações, vedações ou proibições. Ao estabelecer, por exemplo, uma obrigação, o credor desta pode exigir o seu cumprimento, inclusive buscando a intervenção jurisdicional, no sentido de compelir aquele que seja obrigado a observar o preceito normativo. Isso vale tanto para a obrigação estabelecida por meio de uma regra quanto para a contida em uma norma da espécie dos princípios.

Quando à obrigação – ou a permissão ou a proibição – seja estabelecida por meio de uma regra, o comando normativo revela-se definitivo. Não cabe discuti-lo, ponderar quanto à conveniência ou necessidade de sua realização. O comando contido em uma regra deve ser realizado em toda a sua extensão.

Tratando-se, porém, de princípios, embora os comandos normativos assumam igualmente a forma de alguma das modalidades deônticas básicas, o seu cumprimento ou a sua realização somente pode ser exigido, na medida em que isso se mostre possível, diante das circunstâncias fáticas ou jurídicas que cerquem o caso concreto. São direitos ou deveres estabelecidos *prima facie*.

Portanto, o que permite classificar uma norma como sendo uma regra ou um princípio é a estrutura do direito ou do dever que por ela seja estabelecido, como observa Virgílio Afonso da Silva:

principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

---

9 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 87.

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. [...]

No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.<sup>10</sup>

A definição do que seja uma obrigação *prima facie*, que serve de fundamento para a distinção desenvolvida também por Robert Alexy entre princípios e regras<sup>11</sup>, deve ser buscada em W. David Ross, que a desenvolveu a propósito dos deveres morais.

Ross distingue os deveres que chama próprios dos deveres *prima facie* ou deveres condicionais, afirmando que estes devem ser cumpridos a não ser que, em determinada situação, sejam conflitantes com um outro dever igualmente significativo do ponto de vista moral.

Sugiro 'dever *prima facie*' ou 'dever condicional' como uma maneira breve de me referir à característica (bastante distinta daquela de ser um dever próprio) que um ato tem, em virtude de ser de um certo tipo (por exemplo, o cumprimento de uma promessa), de ser um ato que seria um dever próprio se não fosse ao mesmo tempo de um outro tipo que é moralmente significativo.<sup>12 13</sup>

As regras veiculam comandos normativos que não admitem essa comparação substancial com outros comandos conflitantes, não admitem a existência de condições para o seu cumprimento. Como se disse, seus comandos são definitivos – a não ser quando a própria regra acomode uma exceção ou que seja considerada inválida. Se válida e não excepcionada, a regra deve ser cumprida na inteira extensão do comando que veicule.

---

10 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45. (itálicos no original)

11 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 103, nota nº 53.

12 ROSS, William David. **The Right and the Good**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 19.

13 Tradução livre do texto original em inglês: "I suggest '*prima facie* duty' or 'conditional duty' as a brief way of referring to the characteristic (quite distinct from that of being a duty proper) which an act has, in virtue of being of a certain kind (e.g. the keeping of a promise), of being an act which would be a duty proper if it were not at the same time of another kind which is morally significant."

O princípio, por natureza, admite a possibilidade de não ser realizado integralmente quando deva ceder espaço, em determinadas circunstâncias, a um outro princípio considerado, naquela situação particular, mais relevante que o primeiro.

Diz a respeito Robert Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>14</sup>

E mais adiante, a propósito das regras:

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.<sup>15</sup>

As regras válidas veiculam, pois, comandos definitivos, que não admitem satisfação apenas parcial. Assim, o cumprimento apenas parcial da regra ainda será descumprimento.

Os princípios veiculam comandos condicionais. São obrigatórios, são igualmente regras de dever-ser, mas, conquanto válidos e exigíveis, admitem satisfação parcial, aquém do alcance total que abstratamente se possa conceber para a obrigação ou direito que veicule. Isso não implica negar sua validade, nem se pode afirmar que se trate necessariamente de seu descumprimento.

O elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como *mandamentos de otimização*. Para ele, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A idéia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem

---

14 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90. (itálicos no original)

15 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 91. (itálicos no original)

ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis.<sup>16</sup>

Observa-se um princípio, portanto, quando sua realização se tenha dado na maior medida possível diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Não se trata de liberdade de cumprir ou não o comando normativo veiculado por um princípio. Ele será sempre obrigatório, embora por vezes se contente com sua satisfação apenas parcial. Sendo obrigatório, deve realizar-se no grau máximo que se mostre possível jurídica ou faticamente.

### 3 Solução de conflitos normativos

No conceito de princípio oferecido acima se pode vislumbrar a referência à ocorrência de choques entre normas – princípios – que possam ser aplicadas a um mesmo caso concreto, embora sejam conflitantes. Por sua natureza, admite essa espécie normativa que ambos os princípios conflitantes sejam aplicados simultaneamente, embora ambos devam ceder espaço para a aplicação do outro, na maior medida que seja respectivamente possível.

Esses conflitos podem ser verificados também em relação às regras, conquanto a forma de solução nesse caso seja completamente distinta da aplicável aos conflitos entre princípios.

Virgílio Afonso da Silva oferece um conceito operacional para a categoria conflito normativo:

Nesse sentido, um *conflito normativo* nada mais é que a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas consequências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis.<sup>17</sup>

Percebe-se que a existência de mais de uma norma aplicável a um mesmo caso concreto passa a representar um problema quando haja incompatibilidade entre seus comandos ou das consequências jurídicas que prescrevam. A isso se denomina *antinomia*, assim conceituada por Norberto Bobbio:

Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas

---

16 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**, p. 45. (itálicos no original)

17 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**, p. 47.

em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. Mas a definição não está completa. Para que possa ocorrer antinomia são necessárias duas condições, que, embora óbvias, devem ser explicitadas:

1) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento. [...]

2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: *temporal, espacial, pessoal e material*.<sup>18</sup>

O conflito antinômico ocorre, portanto, quando haja contradição entre as prescrições de normas distintas, pertencentes a um mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material.

As normas conflitantes podem ser de uma mesma espécie – conflito entre duas regras ou conflito entre dois princípios – ou de espécies distintas – conflito entre uma regra e um princípio. Para cada um dos casos, aplicam-se diferentes formas de solução do conflito.

Como referido, as regras são normas que exigem sempre sua integral realização. Portanto, se ocorre um choque entre duas regras, ambas com pretensão de serem definitivamente observadas, somente uma delas poderá prevalecer. O conflito soluciona-se, nesse caso, pelo afastamento da incidência de uma das regras, o que pode ocorrer por meio do estabelecimento de uma cláusula de exceção ou pela declaração da invalidade de uma delas, abrindo espaço para a incidência da outra.

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.<sup>19</sup>

Virgílio Afonso da Silva oferece também essa solução, observando que a cláusula de exceção é a solução adequada quando o conflito entre as regras seja parcial, enquanto que a invalidação de uma das regras é necessária quando a incompatibilidade seja total:

No caso de incompatibilidade apenas parcial entre os preceitos de duas regras a solução ocorre por meio da instituição de uma cláusula

---

18 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica de Claudio De Cicco. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. p. 86/87 (itálicos no original)

19 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 92.

de exceção em uma delas. Em alguns casos, no entanto, a incompatibilidade entre duas regras será total, quando seus preceitos para o mesmo fato ou ato, em todas as circunstâncias, sejam mutuamente excludentes. Quando isso ocorre, a única solução é a declaração da invalidade de uma delas.<sup>20</sup>

De forma diversa, um princípio não exige a eliminação de outro princípio conflitante, a exclusão deste do ordenamento jurídico, como condição para que o outro, o remanescente, seja aplicado. Ao contrário, mesmo quando conflitantes, ambos os princípios permanecem válidos e poderão ser aplicados simultaneamente ao mesmo caso concreto, salvo naquela parcela de seu âmbito de incidência em que se situe o conflito. Nesse ponto apenas um dos princípios deverá ceder espaço em favor da aplicação do outro.

É o que diz Robert Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que ele nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.<sup>21</sup>

Na conceituação de princípio observou-se tratarem-se de normas que estabelecem obrigações condicionais ou *prima facie*. Sua observância é obrigatória enquanto outro princípio com peso maior não se lhe contraponha. Diante das circunstâncias de cada caso concreto, um ou outro princípio deverá receber um peso maior, e por isso terá precedência em relação ao outro.

O desafio que se apresenta é como determinar qual dos princípios conflitantes deva prevalecer em cada situação concreta que seja analisada.

A conclusão, em um caso específico, de que um princípio deva prevalecer sobre outro não será necessariamente verdadeira em outras

---

20 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**, p. 48.

21 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 93/94.

situações. Como diz Robert Alexy, a solução sempre dependerá das condições que se apresentem em cada caso, que deverão ser ponderadas, levando à atribuição de pesos a cada um dos princípios envolvidos. É o que Virgílio Afonso da Silva conceitua como “fixação de relações condicionadas de precedência”:

As colisões entre princípios têm que ser encaradas e resolvidas de forma distinta. Segundo os pressupostos da teoria dos princípios, não se pode falar nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção. O que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja, prevêm consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de *relações condicionadas de precedência*.<sup>22</sup>

O mesmo diz Eduardo de Avelar Lamy, observando que a atribuição do peso relativo aos princípios envolvidos numa situação de conflito faz-se por meio da ponderação dos valores que tais princípios representam:

Decorreria, então, da distinção entre regras e princípios um importante reflexo prático na solução do conflito entre determinadas normas: o conflito entre regras se resolveria no âmbito da validade, havendo a preponderância de uma regra sobre a outra; já o conflito entre princípios se resolveria com a ponderação de valores, através dos quais se verificaria, no caso específico, qual dos princípios em conflito possuiria maior peso.<sup>23</sup>

Bobbio identifica a origem dos conflitos entre princípios – antinomias de princípios – no fato de que um ordenamento jurídico é permeado por valores originários de ideologias por vezes contrapostas:

Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em consequência, um ordenamento inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de *antinomias de princípio*. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis.<sup>24</sup>

Como dito, o resultado da ponderação de princípios conflitantes será sempre relativo. Seu resultado dependerá das condições específicas de um

---

22 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**, p. 50. (itálicos no original)

23 LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de Processo Civil**, p. 143.

24 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 90. (itálicos no original)

caso concreto, dos valores envolvidos.

De outro lado, além das condições específicas do caso concreto, deve-se também ter em conta, ao ponderar os valores envolvidos e atribuir-lhes pesos relativos, que esses valores e princípios deles decorrentes não são universais. O resultado da ponderação entre dois princípios semelhantes, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, não corresponderá necessariamente ao resultado da mesma atividade levada a efeito em relação a uma outra sociedade, a uma realidade jurídica distinta.

Lamy observa que os princípios, estando vinculados aos valores de cada sociedade, não apresentam uma hierarquia valorativa previamente determinada<sup>25</sup>.

Eros Roberto Grau vai além, observando que os princípios refletem as peculiaridades e os valores de cada ordenamento jurídico, da sociedade no seio da qual um particular ordenamento se origina.

Para Grau, cada sociedade desenvolve práticas e formas jurídicas – a que chama direito pressuposto – anteriores e subjacentes à superestrutura jurídica representada pelo direito positivado<sup>26</sup>.

Assim, o peso relativo que cada princípio jurídico deva receber em face das condições do caso concreto deve ser estabelecido tendo em vista os valores de que se tenham originado presentes no âmbito de cada sociedade em particular:

*Os princípios jurídicos, princípios de direito, não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior.*

Para que possamos conscientemente falar de um *direito* – o direito aplicado em um determinado Estado –, previamente haveremos de nos conscientizar do quanto observei linhas acima: em cada sociedade manifesta-se *um determinado direito*.

Importa observarmos, pois, que os *princípios* que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios *deste* ordenamento jurídico, *deste* direito. Por isso não reconheço a existência de princípios gerais *do* direito, senão apenas de princípios gerais *de* direito.

---

25 LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de Processo Civi**, p. 144.

26 “Temos, então, que a relação jurídica que reaparece na superestrutura jurídica encontra-se originariamente no nível da relação econômica. A forma jurídica é imanente à infraestrutura, como *pressuposto* interior à sociedade civil, mas a transcende enquanto posta pelo Estado, como direito positivo”. In GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 62.

Pois bem: os princípios gerais de um determinado direito são encontrados no *direito pressuposto* que a ele corresponda. Neste *direito pressuposto* os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem.<sup>27</sup>

Por fim, há que abordar a possibilidade de conflitos entre um princípio e uma regra. Diz Virgílio Afonso da Silva que não se trata, nesse caso, de verdadeira colisão. Ao contrário, a regra seria sempre o resultado do sopesamento entre dos princípios consagradores de direitos fundamentais.

Diz a respeito Virgílio Afonso da Silva:

Esse é um ponto que é muitas vezes ignorado quando se pensa em colisão entre regras e princípios. Em geral, não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário.<sup>28</sup>

Enquanto na atividade voltada à aplicação do direito o sopesamento de princípios deve ser feito à vista das condições de cada caso, esse mesmo sopesamento pode ser feito antecipadamente, de forma abstrata, pelo próprio legislador. Concluindo a partir disso que um determinado princípio deva prevalecer sobre um outro, independentemente de condições particulares dos casos concretos, o legislador consagra esse entendimento por meio da edição de uma regra de direito positivo, cuja posterior aplicação dispensará nova ponderação entre os princípios, etapa já superada pela atividade legislativa.<sup>29</sup>

#### 4 Normas atribuídas de Direito Fundamental

Robert Alexy define normas de direitos fundamentais como “aquelas normas que são expressas diretamente por enunciados da Constituição

---

27 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 71. (itálicos no original)

28 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p. 52. (itálicos no original)

29 A ponderação que resulta no estabelecimento da regra dispensa o sopesamento de princípios em face de cada caso concreto. Essa regra, como qualquer outra, veicula comandos definitivos, que não admitem descumprimento ou sopesamento. Não obstante, essa regra ainda pode ser contestada por meio do controle de sua constitucionalidade em face do princípio de direito fundamental cuja incidência restou restringida pela regra. A respeito, diz Virgílio Afonso da Silva: “Mas há, de fato, casos em que esse cenário pode se complicar. O primeiro deles – e o mais simples –, é a existência de dúvidas quanto à constitucionalidade da regra.” in **Direitos Fundamentais**. p. 52.

alemã<sup>30</sup> (disposições de direitos fundamentais).”

O próprio autor qualifica esse conceito como provisório e estreito<sup>31</sup>, uma vez que as normas de direito fundamental – normalmente princípios, mas também regras – em geral se revelam semântica e estruturalmente abertas<sup>32</sup>.

Como exemplo, Robert Alexy menciona um enunciado contido no art. 5º, § 3º, 1, da Constituição alemã, que estabelece que “(...) a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”. Desse enunciado o autor extrai duas normas, expressas por meio de enunciados deônticos diversos: (a) “é obrigatório que a ciência, a pesquisa e o ensino sejam livres” e (b) “a ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres”.<sup>33</sup>

Ambos esses enunciados, assim como o enunciado constitucional do qual são extraídos, revelam um elevado índice de indeterminação e necessitam ser interpretadas para que possam ser aplicadas a um caso concreto. Daí a afirmação de que seria estreita a conceituação de norma de direito como aquelas expressas diretamente pelos enunciados constitucionais.

Diz Robert Alexy:

A respeito desses três enunciados é possível afirmar que eles expressam de formas diversas a mesma norma *diretamente* estabelecida pelo texto constitucional. Essa norma é, contudo, extremamente indeterminada. Essa indeterminação é de duas espécies: essa norma é tanto semântica quanto estruturalmente aberta.

Ela é *semanticamente aberta* em razão da indeterminação dos termos “ciência”, “pesquisa” e “ensino”.<sup>34</sup>

Esses conceitos podem ser fornecidos por meio da interpretação realizada pelos tribunais. Com efeito, interpretando o dispositivo em questão, o Tribunal Constitucional Federal alemão definiu atividade científica como sendo o “que, por seu conteúdo e forma, pode ser encarado como uma tentativa séria

---

30 O autor se refere, especificamente, à Constituição alemã, pois é esse o objeto específico de seu trabalho. A definição, contudo, pode ser aplicada, com a adaptação óbvia, aos direitos fundamentais consagrados em outros textos constitucionais.

31 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 69.

32 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 70.

33 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 70.

34 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 70. (itálicos no original)

e planejada de descobrimento da verdade”.<sup>35</sup> Essa definição permite eliminar a indeterminação semântica do termo “ciência”, esclarecendo o que, nesse âmbito, deve ser livre.

Conforme Robert Alexy, é a partir da conjugação do preceito constitucional com a definição de ciência fornecida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão que se afasta a indeterminação semântica e se chega à norma de direito fundamental, que o autor formula nos seguintes termos: “Aquilo que, por seu conteúdo e forma, é uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade deve ser livre”.<sup>36</sup>

Afastada a indeterminação semântica, a norma ainda não permite determinar se essa liberdade assegurada à ciência “deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige abstenções estatais, e se a existência ou a realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos dos cientistas que digam respeito à liberdade científica”.<sup>37</sup> Essa a chamada indeterminação estrutural do enunciado normativo constitucional.

Essa indeterminação estrutural também foi afastada por meio de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, que em um caso estabeleceu que o Estado deve promover o exercício da liberdade científica, provendo meios para tantos, e em outro que quem desenvolve atividade científica tem direito a defesa contra interferências no exercício dessa atividade.<sup>38</sup>

Somente por meio dessas normas de interpretação dos enunciados constitucionais é que se possibilita a eliminação de sua indeterminação semântica ou estrutural e consequente aplicação prática, a casos concretos:

Elas são necessárias quando a norma expressa pelo texto constitucional tem que ser aplicada a casos concretos. Se normas desse tipo não fossem aceitas, não ficaria claro o que é obrigado, proibido ou permitido de acordo com o texto constitucional (isto é, de acordo com a norma por ele diretamente expressa). Esse tipo de relação entre as normas mencionadas e o texto constitucional deve

---

35 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 70.

36 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 70.

37 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 71.

38 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 71.

ser denominado “*relação de refinamento*”<sup>39</sup>

Esse refinamento normativo se dá por meio da atribuição de significados ao texto normativo, bem como por meio de sua reestruturação para dar-lhe a forma de formulações deônticas, antes não explicitadas no enunciado normativo.

São significados e estrutura que, nesse processo interpretativo, são atribuídos ao enunciado normativo. Conforme Robert Alexy, normas como as que definem “ciência”, estabelecem a obrigação estatal de promover materialmente o exercício da liberdade científica ou assegura ao cientista proteção contra interferências no exercício da atividade científica “não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, elas são atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição. Isso justificaria chamá-las de ‘normas atribuídas’”.<sup>40</sup>

Entre a norma que atribui e a norma que recebe a significação ou estrutura há, além da mencionada relação de refinamento, uma “relação de fundamentação”. A validade da norma atribuída, com efeito, depende de estar ela fundamentada na norma a que atribui conteúdo.<sup>41</sup>

[...] uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*.<sup>42</sup>

Para Robert Alexy, a existência dessas relações de refinamento e de fundamentação entre a norma constitucional e a denominada norma atribuída “justificam considerar como normas de direitos fundamentais não somente normas que são expressas diretamente pelo texto constitucional, mas também normas do tipo acima mencionado”.<sup>43</sup>

Uma norma de direito fundamental atribuída é uma norma para cuja atribuição é possível uma correta fundamentação referida a direitos

---

39 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 72. (Itálicos no original)

40 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 73.

41 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 72.

42 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 74.

43 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 72.

fundamentais. Se é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais – algo que aqui se pressupõe –, então, ela é uma norma de direito fundamental.<sup>44</sup>

Virgílio Afonso da Silva observa a existência de críticas à teoria dos princípios de Robert Alexy, que por propor a solução de conflitos entre princípios por meio do respectivo sopesamento, careceria de “critérios racionais de decidibilidade”, já que “todo sopesamento nada mais é que um decisionismo disfarçado”.<sup>45</sup> Contudo, como o próprio autor observa, toda atividade de interpretação ou de aplicação do direito será marcada por algum grau de subjetividade.

Não há como, nessa seara, manter-se fidelidade estrita a um critério puramente racional pré-determinado. A subjetividade, a atribuição de valores pelo próprio intérprete da norma, está sempre em qualquer uma dessas atividades, abordadas ao longo deste trabalho.

A respeito da interpretação do direito, diz Eros Roberto Grau:

É necessário que se esclareça, a esta altura, que tomo a interpretação como atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas; a *interpretação* é o meio de expressão dos *conteúdos normativos* das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições. Por isso, as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, *conquanto disposições*, não dizem nada – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem.<sup>46</sup>

Como se viu ao longo deste trabalho, a atividade do intérprete voltada à atribuição de conteúdo normativo às disposições, ao desvendamento das normas contidas nas disposições, nas palavras de Eros Roberto Grau, desenvolve-se em vários níveis, com graus de complexidade – e de subjetividade – crescente.

O desvendar a norma contida em determinada disposição ou enunciado normativo por meio de sua versão na forma de uma das modalidades deônticas básicas, como se viu no início, é apenas um primeiro passo a ser dado pelo intérprete.

---

44 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 102.

45 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p. 146.

46 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 94. (itálicos no original)

Em seguida, especialmente em se tratando de normas de direitos fundamentais, geralmente formuladas na forma de princípios, a ponderação dos princípios envolvidos, atribuindo-se-lhes pesos relativos em face de um caso concreto para definir qual deles deverá prevalecer, já exige um esforço interpretativo maior e mais complexo.

Finalmente, a interpretação do direito encontra seu ponto mais alto, em se considerando seu grau de subjetividade, quando o intérprete se dedica a atribuir à norma – particularmente às normas de direito fundamental – o seu próprio conteúdo semântico ou uma estrutura deôntica.

Em nenhum caso, em nenhum desses níveis, se pode pretender chegar a uma interpretação incontestável:

Não existe, ainda segundo Kelsen, qualquer método que permita, diante das possibilidades interpretativas de um dispositivo legal, definir qual delas é a correta. Isso porque a tarefa da interpretação não é cognitiva – ou seja, não é descobrir um sentido correto de um dispositivo –, mas um ato de vontade, para o qual concorrem razões de natureza moral, de concepções de justiça, de juízos sociais de valor etc.<sup>47</sup>

Em se tratando de normas de direitos fundamentais, contudo, a aferição da adequação de um determinado resultado de atividade interpretativa pode ser buscada, como já se disse, quando se vislumbra a existência de uma relação de fundamentação entre a disposição de direito fundamental e a norma de direito fundamental resultante de sua interpretação.<sup>48</sup>

## **Considerações finais**

A aplicação da norma jurídica a um caso concreto sempre representará um desafio para o operador do direito. O enunciado normativo que lhe serve de matéria-prima para essa atividade sempre se mostrará limitado e insuficiente.

Será por meio da interpretação do enunciado que se chegará à norma jurídica que deverá regular uma determinada situação.

Isso se mostra particularmente difícil quando se trate de normas de

---

47 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p. 147/148.

48 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 72.

direitos fundamentais, geralmente estruturadas na forma de princípios.

O caminho a ser percorrido pelo intérprete apresenta-se dividido em etapas, com graus distintos de dificuldade e que devem ser vencidas com a utilização de ferramentas diferentes.

Uma primeira etapa é aquela que deverá levar o intérprete do enunciado normativo à norma que lhe corresponda, que lhe seja subjacente. Essa norma corresponderá a uma versão do enunciado apresentada na forma de uma das modalidades deônticas básicas.

Estabelecida a norma, há que observar qual seja a sua estrutura. Estruturada na forma de uma regra, exigirá a satisfação sempre integral do seu conteúdo. Traduzirá comandos definitivos de dever-ser. Os princípios, ao contrário, são normas estruturadas na forma de mandamentos de otimização, de comandos no sentido de que um determinado direito ou dever seja realizado na maior medida possível. Obstáculos de natureza jurídica – como o choque com outro princípio – ou fática podem servir de justificativa para que se admita a realização apenas parcial do comando normativo.

Será por meio também da interpretação que será determinada a extensão em que deva ser exigida a realização do princípio, particularmente quando entre em conflito com outro princípio. Da mesma forma, caberá ao intérprete solucionar, embora por meio de técnicas diferentes, as colisões entre duas regras ou entre uma regra e um princípio.

Por fim, a atividade do intérprete será essencial para a aplicação da norma jurídica quando esta se apresente indeterminada quanto ao seu conteúdo semântico ou à sua estrutura. Será por meio da interpretação, especialmente aquela desenvolvida pelos tribunais, que será atribuída à norma conteúdo semântico e estrutural que elimine essa indeterminação e possibilite sua aplicação aos casos concretos.

A norma assim atribuída promoverá, assim, o refinamento da norma extraída diretamente do enunciado normativo, mas com a norma de direito fundamental guardará também uma relação de fundamentação: somente será válida a norma atribuída se puder validamente ser fundamentada na própria norma de direito fundamental à qual atribui significado ou estrutura deôntica.

## Referências das fontes citadas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. 2 tir. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. Título original: *Theorie der Grundrechte*. 669 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica de Claudio De Cicco. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. 184 p.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2011. 384 p.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de Processo Civil**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. 358 p. (Coleção Ensaio de Processo Civil, vol. 1)

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 280 p.

ROSS, William David. **The Right and the Good**. Oxford: Oxford University Press, 1930. 187 p.