

JUSTIÇA E DECISÃO: A VINCULAÇÃO DO JUDICIÁRIO AOS VALORES DE JUSTIÇA

JUSTICE AND DECISION: LINKING THE JUDICIARY TO VALUES OF JUSTICE

Carolina Souza Torres Blanco¹

Mestranda em Direito do Estado, subárea Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP

RESUMO: O presente artigo terá por objetivo percorrer a busca de juridicidade de uma decisão justa, sustentando uma absorção valorativa necessária por parte do aplicador do direito positivo decorrente da abertura sistêmica da Constituição. Visualiza-se a Constituição como um sistema aberto de princípios e regras, configurando um todo complexo formado por redes de relações de elementos normativos distintos. Quando falamos que a Constituição é um sistema aberto, pressupomos que há uma interação constante entre o meio ambiente social e o sistema constitucional. O sistema constitucional está em infinito intercâmbio com o seu meio ambiente para trocar energia e informação. Ele absorve as informações e energias recebidas do ambiente e exporta um resultado que visa a responder as expectativas sociais. Essa abertura sistêmica é manifestada pela alta carga axiológica decorrente

dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados. Ao Judiciário foi atribuída a função de *in concreto* aplicar o Direito e solucionar os conflitos de interesses. Sendo o Direito um sistema aberto a valores, e estando o Estado vinculado ao Direito, deve o Judiciário proferir decisões judiciais “justas”, consonantes aos ditames de justiça vigentes no meio ambiente social.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria geral dos sistemas; sistema aberto; Constituição como sistema aberto; princípios e regras; Robert Alexy; Ronald Dworkin; valores; justiça; decisão judicial justa.

ABSTRACT: *The present article will have for objective to cover the search of legality of a decision “right”, working with a necessary absorption of values for the applicator of the Positive law based in the fact that the Constitution is an open system. The Constitution is an open system of principles and rules, configuring one all*

¹ Advogada.

complex formed by nets of relations of distinct normative elements. When we speak that the Constitution is an open system estimates that has a constant interaction between the social environment and the constitutional system. The constitutional system is in infinite interchange with its environment to change energy and information. It absorbs the information and energies received from the environment and exports a result that needs to answer the social expectations. This opening is revealed by the high load of values decurrent of the principles and the indeterminate legal concepts. To the Judiciary was attributed the function of in to apply the Right and to solve the conflicts of interests. Being the Law an open system of values, and being the State tied in to the Law, must the Judiciary pronounce sentences “jousts”, that obey the effective justice vision in the social environment.

KEYWORDS: *General theory of the systems; open system; Constitution as open system; principles and rules; Robert Alexy; Ronald Dworkin; values; justice; sentence joust.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Constituição como sistema aberto; 2. Elementos sistêmicos: princípios e regras; 3 A Constituição como um sistema aberto de normas e princípios em constante interação axiológica com o meio social; 4 A decisão judicial justa; Conclusão.

SUMMARY: *Introduction; 1 The Constitution as open system; 2 Systemic elements: principles and rules; 3 The Constitution as an open system of rules and principles in constant interaction with the social environment axiological; 4 The fair judicial decision; Conclusion.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo percorrer a busca de juridicidade de uma decisão justa, sustentando uma absorção valorativa necessária por parte do aplicador do direito positivo decorrente da abertura sistêmica da Constituição.

Um sistema é um complexo de elementos em interação recíproca que, reunidos, relacionam-se entre si, formando uma todo diverso da soma dos elementos isoladamente considerados. Por possuir uma função e uma ordem interna que lhe proporcionam identidade, ele não se confunde com o seu ambiente. Os sistemas podem ser abertos ou fechados conforme realizem interação constante com seu ecossistema, dele retirando energia para o funcionamento interno.

Por ser um sistema aberto composto não só de regras, mas também de princípios, a Constituição possui alta carga axiológica, o que lhe permite uma interação ininterrupta com o meio ambiente social, resultando em uma resposta sistêmica adequada aos valores cambiantes de “justiça” e verdade”.

Além da incorporação de conceitos jurídicos indeterminados, a estrutura normativa principiológica exige a convivência conflitual entre normas que devem ser efetivadas de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas concretas, o que implica a necessidade de sopesamento e valoração de princípios colidentes para o alcance do dever-ser concreto. Quando o aplicador realiza o sopesamento e visualiza, entre as normas que o legislador considerou *prima facie* válidas, o *dever-ser* adequado a regular o caso *sub judice*, ele desenvolve uma valoração sobre “o justo”, “a ideia social de Direito”. Disso decorre que a própria estrutura principiológica implica uma abertura sistêmica.

A abertura sistêmica gerada pelos princípios permite que exigências de justiça e os valores sociais éticos transpassem o campo positivo e atinjam as decisões jurídicas concretas. Já a compreensão sistêmica da Constituição possibilita ao Direito a manutenção de sua autonomia e individualidade perante o meio social, o que é indispensável para que este seja instrumento de ordenação e de expectativas comportamentais.

Para atingir o objetivo de justificação jurídica da decisão justa, estudaremos a compreensão sistêmica da Constituição.

Primeiramente, introduziremos o leitor à “teoria geral dos sistemas”, elaborada pelo biólogo alemão Ludwing von Bertalanffy, para a devida análise do conceito de sistema e de sua classificação em sistema aberto e sistema fechado.

Após essa fase inicial, passaremos a estudar o sistema constitucional. Aqui buscaremos estudar a estrutura sistêmica de nossa lei fundamental, vislumbrando os elementos que compõem este sistema.

Por fim, analisaremos a abertura sistêmica propiciada pela Constituição e a sua influência no dever jurisdicional decorrente do Estado de Direito de proferir decisões adequadas aos valores de “justiça”.

1 A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO

Para a compreensão da Constituição como sistema aberto, é indispensável um estudo prévio do conceito de sistema e de sua classificação.

1.1 A VISÃO SISTÊMICA

O termo “sistema”, com sua classificação em sistema aberto e fechado, aparece pela primeira vez na obra *Teoria geral dos sistemas*, elaborada pelo cientista alemão Ludwing von Bertalanffy.

Nesse trabalho, o biólogo busca definir o que se deve entender por um sistema, o que é um sistema aberto e um sistema fechado, além de analisar profundamente os atributos sistêmicos e seus mecanismos de funcionamento.

Embora o objetivo principal de seu trabalho fosse a visualização dos seres vivos como sistemas abertos, Bertalanffy² busca construir uma teoria geral dos sistemas como um instrumento útil capaz de fornecer modelos aptos a serem utilizados em diversos campos³.

Sistema é apontado por Bertalanffy como um conjunto de elementos interdependentes, coordenados e estruturados, ligados por uma rede de relações. Nas palavras do mestre, “sistema é um complexo de elementos em interação”⁴.

O sistema é um complexo de elementos em interação recíproca que, reunidos, relacionam-se entre si, formando um todo diverso da soma dos elementos isoladamente considerados. O todo é mais do que a soma das partes, apresentando características próprias que não são encontradas nos elementos sistêmicos isolados. Afinal, o sistema é o complexo resultante das interações e relações entre as partes.

Tércio Sampaio define sistema como “um complexo que se compõe de uma estrutura e de um repertório”⁵. A estrutura seria a relação de elementos e o repertório seria o conjunto de elementos.

A visão sistêmica é, portanto, holística, do todo. Os elementos, o repertório, organizam-se em uma rede de relações, formando um todo, um complexo.

Na visão de Bertalanffy⁶, os sistemas existem dentro de um ecossistema formado por outros sistemas. Cada sistema é constituído de subsistemas. Cada

² BERTALANFFY, Ludwin von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1977. p. 181: “Porque, excetuando-se certos processos individuais, os sistemas vivos não são sistemas fechados em verdadeiros equilíbrios, mas sistemas abertos em estado estável”. Ainda, p. 196: “Os sistemas vivos mantêm-se em um estado de alta ordem e improbabilidade, podendo mesmo evoluir no sentido da crescente diferenciação e organização, conforme se verifica no desenvolvimento orgânico e na evolução”.

³ Idem, p. 149: “ Os teóricos dos sistemas estão de acordo em que o conceito de ‘sistema’ não se limita às entidades materiais mas podem ser aplicado a qualquer ‘totalidade’ construída por ‘componentes’ interagentes”.

⁴ Idem, p. 56.

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 175.

⁶ BERTALANFFY, Ludwin von. Op. cit.

subsistema pode ser detalhado em seus subsistemas componentes. Também o suprassistema faz parte de um suprassistema maior. Esse desencadeamento parece ser infinito.

Todo o sistema tem um ou alguns propósitos ou objetivos a alcançar. As unidades do sistema são responsáveis por definirem os propósitos ou objetivos. As funções de um sistema dependem de sua estrutura. Cada sistema tem um objetivo ou finalidade que constitui seu papel no intercâmbio com outros sistemas dentro do meio ambiente.

Pelo exposto, vimos que um sistema é um complexo composto de elementos que interagem e formam um todo distinto da soma de suas partes. Por possuir uma função e uma ordem interna que lhe proporcionada identidade, ele não se confunde com seu ambiente, possuindo autonomia e individualidade.

Compreendido o conceito de sistema, passaremos à análise da diferenciação de sistema aberto e sistema fechado.

1.2 SISTEMAS ABERTOS E SISTEMAS FECHADOS

Como dito alhures, um sistema está inserido em um meio ambiente composto de outros sistemas. O sistema será aberto ou fechado segundo a existência ou não de interação constante e importação/exportação de matéria entre o sistema e seu meio.

Segundo Bertalanffy, “um sistema é fechado se nenhum material entra nele ou sai dele. É aberto se há importação e exportação de matéria”⁷.

Até Bertalanffy, a física declarava a existência de sistemas fechados, considerados por estarem isolados de seu ambiente, não apresentando intercâmbio com o meio ambiente circundante. Eles não recebiam influência do ambiente e não o influenciavam. Com a inovação trazida pelo biólogo, tornam-se possíveis uma nova visualização sistêmica e a compreensão de fenômenos científicos antes ignorados.

Com os sistemas abertos, visualizam-se fenômenos resultantes de um complexo de interação de partes, com função específica e ordem própria, mas que possuem uma interação constante com outros sistemas.

⁷ Idem, p. 167.

Os sistemas abertos se caracterizam pela interação constante que o sistema mantém com o seu ecossistema. Eles realizam um intercâmbio constante com o seu ambiente para troca de energia e informação. Há troca de matéria e energia *regular*. O sistema depende de seu meio externo.

Para Bertalanfy, os sistemas abertos possuem as seguintes propriedades: entrada (*input*), processador ou transformador (*throughput*), saída ou resultado, retroação, ambiente, fronteira, abertura do sistema e codificação de sistema.

Pela “entrada (*input*)” ingressam no sistema a energia e os insumos do meio ambiente. Esse influxo é essencial para a manutenção e sustentação do sistema.

O “processador ou transformador (*throughput*)” é o mecanismo ou fenômeno do sistema responsável por produzir as mudanças sistêmicas por meio da produção do resultado. Por ele entram os insumos e saem coisas diferentes.

A “saída ou resultado” é a consequência para a qual se reuniram os elementos e as relações do sistema. É o resultado do funcionamento do sistema. Afinal, os sistemas abertos exportam certos produtos para o meio ambiente.

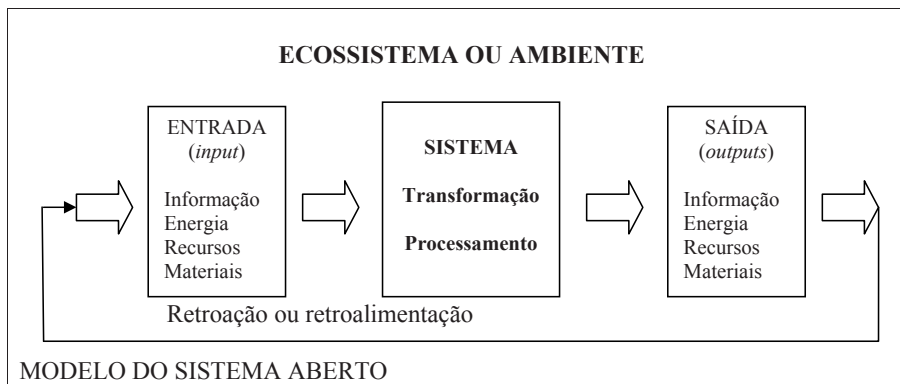
Já a “retroação” é o processo circular no qual uma parte da saída é reenviada de volta, como informação sobre o resultado no meio.

O “ambiente ou ecossistema” é o meio externo que envolve o sistema. Como dito, nos sistemas abertos, sistema e ambiente encontram-se inter-relacionados e em interdependência.

As “fronteiras” demarcam e definem o que está dentro e o que está fora do sistema, pois o sistema não se confunde com o ecossistema, já que possui uma ordem interna que lhe proporciona identidade e o faz distinto do ambiente.

A “abertura do sistema” determina o grau em que o sistema é receptivo aos insumos e os tipos de *input* absorvíveis. Os sistemas variam com respeito à faixa geral de insumos que podem ser absorvidos e com respeito à abertura de determinados tipos de insumos.

A “codificação de sistema” é maneira de agir a fim de assegurar especificações para a absorção de informação e energia. Descreve o funcionamento real das barreiras que separam o sistema de seu meio ambiente.



Pelo exposto, vemos que os sistemas abertos são complexos organizados formados por uma rede de ligações. Possuem uma finalidade própria e uma ordem decorrente de uma codificação e de uma interação interna que lhes delimitam as fronteiras com o seu meio ambiente. Por possuírem abertura, o seu funcionamento depende de uma interação constante com o ecossistema. Por meio das entradas, entram insumos, os quais são processados e se transformam em resultados expelidos ao meio. Com isso, o sistema aberto permanece em constante inter-relação externa, incorporando insumo extrassistêmico como impulso para cumprir suas funções e manter a sua ordem interna.

1.3 A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO

Quando falamos que a Constituição é um sistema aberto, pressupomos que há uma interação constante entre o meio e o sistema constitucional.

A Constituição é um sistema aberto, pois reflete e está sujeita a influxos dos fatos e expectativas sociais. Ela processa as informações recebidas de seu ecossistema, adequando-se às necessidades deste.

O sistema constitucional está em infinito intercâmbio com o seu meio ambiente para trocar energia e informação. Ele absorve as informações e energias recebidas do ambiente e exporta um resultado que visa a responder às expectativas sociais.

O dialogo da Constituição com a sociedade é constante. Como mencionam Carlos Ayres Britto e Celso Ribeiro Bastos, a Constituição é o “estatuto do fenômeno político”, transplantando para seu corpo toda ideologia e valores presentes na *polis*. Esta transposição axiológica do meio social para a Constituição

é feita por meio de disposições padecidas de uma vaguidade ontológica. A inobjetividade ontológica cumpre uma função social de bem salvaguardar certos bens jurídicos essenciais para aquela sociedade, exigindo do interprete uma sensibilidade metajurídica, obrigando-o a abrir as janelas do Direito ao mundo circundante, para que dele retire elementos extrassistêmicos, hospedados na dinâmica dos fatos, na fixação do dever-ser regulatório dos comportamentos concretos.

Segundo Carlos Ayres Britto e Celso Ribeiro Bastos⁸:

Na medida em que se põe como “o estatuto jurídico do fenômeno político”, a Constituição transplanta para o seu próprio bojo normativo toda a ideologia que permeia os objetos e valores políticos [...]

[...] A Constituição traz princípios e institutos que não podem ser traduzidos pela estrita observância da análise vernacular, já que padecem de uma imprecisão conceitual ontológica [...]

[...] A absorção normativa de tal vaguidade conceitual se revela, pragmática e logicamente, como o mais eficiente meio de proteção dos bens jurídicos nelas substanciados [...]

[...] A interpretação das normas constitucionais passam a solicitar, num grau bem maior que o direito comum, o aporte complementar de elementos extrassistêmicos, em certa medida, hospedados muito mais na dinâmica dos fatos que na estática da positivação formal [...]

[...] A interpretação constitucional demanda do intérprete uma sensibilidade metajurídica. Essa sensibilidade se volta para um trabalho permanente de conciliação entre ideologia vigente, substanciada na alma coletiva, e aquela que transparece na expressão linguística da norma [...]

[...] Vemos, assim, mais uma peculiaridade do direito constitucional que obriga o interprete a abrir as janelas do Direito para o mundo circundante e exercer a

⁸ BASTOS, Celso; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 6.

chamada “sensibilidade metajurídica”, resultante da própria direção axiológica da Constituição que é o fenômeno político. (grifos nossos)

Além da presença dos conceitos jurídicos indeterminados, que demandam do intérprete uma sensibilidade metajurídica, a Constituição possui uma alta carga principiológica, o que, por si, exige, na fixação do dever-ser concreto, uma otimização decorrente de um sopesamento. Sopesar princípios envolve valoração e interação extrapositiva, extrassistêmica.

Vemos, assim, que é próprio da Constituição esta textura aberta, este diálogo, ou, nas palavras de Canotilho, esta “capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem mudança na realidade e estarem abertas às concepções cambiantes de ‘verdade’ e da ‘justiça’”⁹.

2 ELEMENTOS SISTÊMICOS: PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1 PRINCÍPIOS E REGRAS COMO NORMAS JURÍDICAS

Vencida a etapa preliminar da definição estrutural da Constituição como sistema aberto, resta analisar os elementos que compõem o repertório constitucional.

A Constituição é um sistema normativo. Os elementos que interagem e formam o todo (o complexo constitucional) são normas jurídicas.

O conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies são temas de infundáveis controvérsias e os juristas parecem ter dificuldades para chegar a um consenso. Para não desviarmos do objetivo proposto, não procederemos a nenhuma análise mais profunda sobre a conceituação da norma jurídica. Neste trabalho, empregamos norma jurídica como mandamento, comando, imperativo, permissão que dizem o que deve ser.

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.

A Constituição é um sistema dinâmico de normas, estas subdivididas em regras e princípios.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 171.

Dizer que regras e princípios são normas jurídicas implica a conclusão que ambas são dotadas de normatividade, valendo como lei. Afinal, a Constituição possui força normativa.

Nas palavras parafraseadas de Canotilho, as regras e os princípios constitucionais são normas e, portanto, devem ter normatividade, isto é, possibilidade de regular jurídica e efetivamente as relações da vida, além de direcionar condutas e dar segurança a expectativas de comportamentos¹⁰.

2.2 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

2.2.1 Critérios tradicionais de distinção

Canotilho aponta os diversos critérios sugeridos pela doutrina para diferenciar princípio e regra¹¹: grau de abstração, grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do Direito, proximidade da ideia de Direito, natureza normogenética.

Segundo o *grau de abstração*, os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado, enquanto as regras possuem abstração relativamente reduzida.

Pelo *grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto*, os princípios, por serem padecidos de vaguidade, necessitam de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), já as regras podem ser aplicadas diretamente.

O *caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito* determina que os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica (princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico.

A *proximidade da ideia de direito*¹² denota que princípios são *standards* juridicamente vinculantes fundados nas exigências de justiça ou na ideia de

¹⁰ Idem, p. 189.

¹¹ Idem, p. 171.

¹² Dworkin prega que ao lado das regras existem princípios, os quais consubstanciam a incorporação de exigências de justiça e de valores éticos (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 36): “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Ainda, PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. *Revistado Advogado*, 70:34-42, 2003: “Adotando-se a concepção de Ronald Dworkin, acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos. Estes

direito. Já as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional.

Segundo o critério da *natureza normogenética*, os princípios possuem este atributo, uma vez que são fundamento de regras, constituindo normas que ou estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas.

Vale neste ponto colacionar a magnífica definição elaborada pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Melo¹³. Ela expressa brilhantemente o critério da fundamentalidade jurídica e da natureza normogenética:

princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

2.2.2 Distinção qualitativa

A distinção entre regras e princípios pode ser realizada sob dois enfoques: um enfoque qualitativo e um enfoque de grau.

Tradicionalmente, a distinção entre regras e princípios partia de um enfoque unicamente de grau, seja grau de generalidade, de abstração ou de fundamentalidade.

Atualmente, há uma inclinação doutrinária de se sustentar uma diferença qualitativa entre estas espécies normativas, não se aceitando apenas as diferenças de grau como qualificadoras da distinção entre regras e princípios.

Segundo Canotilho, princípios são verdadeiras normas qualitativamente distintas das regras jurídicas¹⁴.

princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico”.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 54.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 173: “Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas qualitativamente distintas* das outras categorias de normas – *regras jurídicas*” (grifos do autor).

A tese da separação qualitativa entre princípios e regras surge da diferenciação preconizada por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Segundo estes autores, a diferença entre as duas espécies é de caráter lógico, relacionando-se com a estrutura da norma.

A distinção qualitativa baseia-se em duas noções interdependentes: a primeira é a de que princípios importam deveres *prima facie* e regras, deveres definitivos¹⁵. A segunda noção determina que princípios são mandamentos de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

2.2.3 Deveres *prima facie* e deveres definitivos

Para facilitar a compreensão, iniciaremos a diferenciação de deveres *prima facie* e deveres definitivos, através de um exemplo¹⁶ de “dever-ser” extraído da moral.

Suponhamos que Maria prometa ir à festa de noivado de sua amiga Joana. Maria e Joana são grandes amigas que se auxiliam constantemente nas dificuldades da vida. Quando está se aprontando para ir à festa, Maria recebe

¹⁵ A ideia de que princípios importam deveres *prima facie* e as regras, definitivos, está presente em Dworkin. Robert Alexy faz uma pequena ponderação nesta distinção ao defender que as regras também poderão possuir um dever *prima facie* no caso de possibilidade de inserção de cláusula de exceção. Diz que princípios sempre importarão deveres *prima facie* e que regras poderão possuir um caráter *prima facie*, caráter este bem distinto do caráter *prima facie* dos princípios. Segundo Robert Alexy: “Do lado da regra, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. [...] Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 104). Robert Alexy traz o seguinte exemplo de cláusula de exceção: “[...] Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio” (Idem, p. 92).

¹⁶ Exemplo baseado no exemplo exposto por SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Del Rey, n. I, p. 609-630, jan./jun. 2003.

um telefonema. É sua prima, angustiada, que lhe telefona para pedir socorro. A prima de Maria sente que está tendo um infarto e precisa de ajuda para ir até o hospital.

Maria não hesita, telefona para o hospital, chama uma ambulância e se direciona até a casa de sua prima.

Claro que, *prima facie*, para Maria, tanto cumprir promessas feitas para uma amiga quanto socorrer uma prima com risco de morte são deveres.

Nesse caso concreto, contudo, não é possível cumprir ambos os deveres. Após a ponderação, decide Maria ajudar sua prima doente e não ir à festa de Joana.

Isso não significa que “cumprir promessas” tenha deixado de ser um dever para Maria.

Tanto o dever de cumprir promessas quanto o dever de socorrer uma pessoa são deveres *prima facie*. O que ocorre é que, diante das possibilidades do caso concreto, o dever pode não se revelar um dever definitivo realizável.

No caso concreto, o dever definitivo é aquele que é produto de uma ponderação.

Da mesma forma com o que ocorre no plano da moral, no Direito vislumbramos normas que também estabelecem deveres *prima facie*, que, diante das peculiaridades do caso concreto, podem não se consubstanciar em deveres definitivos.

Segundo Ronald Dworkin¹⁷, as normas que expressam deveres *prima facie* são os princípios. Já as regras sempre estipularão deveres definitivos.

Para o autor supracitado, os princípios consubstanciam as exigências de justiça e de valores éticos. Dworkin¹⁸ denomina “‘princípio’ um padrão que deve ser observado [...] porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Como é própria destas “exigências de justiça” a colisão axiológica, quando estes princípios são transpostos para o Direito, eles também estipularão deveres *prima facie* que poderão colidir diante de um caso concreto. Da mesma forma que na moral, a colisão entre os princípios deverá ser resolvida por meio de um

¹⁷ DWORKIN, Ronald. Op. cit.

¹⁸ Idem, p. 36

sopesamento. Nesses casos, a grande garantia contra as decisões arbitrárias será a fundamentação e a verificação da obediência à máxima da proporcionalidade.

2.2.4 Mandamentos de otimização

Segundo Robert Alexy¹⁹, o ponto decisivo da 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. Nas palavras do autor, princípios são mandamentos de otimização.

O sentido de mandamento utilizado por Alexy é em sentido amplo, incluindo permissões e proibições.

Na realidade, trata-se de visão interdependente da noção supramencionada de dever *prima facie* e dever definitivo.

Um princípio é um mandamento de otimização, uma vez que deve ser aplicado na maior *medida possível*, isto é, até colidir com outro princípio e segundo a prevalência orientada pela situação fática concreta, após o sopesamento entre os princípios colidentes .

Da mesma forma que na visão de dever *prima facie* exposta anteriormente, para Alexy, o fundamental atributo dos princípios é a possibilidade de colisão com outros princípios.

Princípios são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados e a medida devida de sua satisfação não depende unicamente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Disso vislumbramos que a convivência dos princípios é conflitual, enquanto a convivência das regras é antinômica. Os princípios coexistem e as regras antinômicas excluem-se²⁰.

Se dois princípios colidem, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido.

¹⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 174.

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. Por isso, Dworkin e Alexy falam que conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.

Segundo Robert Alexy, a solução para a colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária²¹.

Buscando tornar mais lógica a técnica do sopesamento, Robert Alexy²² cria a “lei das colisões”. Em um caso concreto, o princípio *P1* tem um peso maior que o princípio *P2* sob as condições *C* presentes neste caso concreto.

“Lei de colisões”

(*P1 P P2*) *C*

C ---- *R*

Dada a importância dos exemplos para a compreensão do raciocínio principiológico, mencionaremos um exemplo de colisão de princípios apontado por Robert Alexy²³. Trata-se do “caso Lebach”, decidido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

No caso apontado pelo professor alemão, um programa de televisão pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munição do Exército alemão, perto da Cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas. Um dos condenados cúmplice desse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa violava certos direitos fundamentais, principalmente porque sua ressocialização estaria ameaçada; por isso, ingressou com demanda em juízo pretendendo a não veiculação do programa.

²¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 95.

²² Idem, p. 94.

²³ Idem, p. 100.

A demanda chegou ao Tribunal Constitucional Federal. Neste caso, o Tribunal constatou uma situação de tensão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 2º, § 1º, combinado com o art. 1º, § 1º, da Constituição alemã, e a liberdade de informação por meio da radiodifusão, prevista no art. 5º, § 1º, 2, da mesma Carta.

Concluiu a Corte que essa situação de tensão não é solucionada pela invalidade de uma das normas, mas por meio de sopesamento.

Tratava-se de se decidir qual interesse deveria ceder, levando-se em conta a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais.

Duas normas levavam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Ocorre que nenhuma delas é inválida e nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra.

Para o Tribunal, no caso da “repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação, que coloca em risco a ressocialização do autor” (C), a proteção da personalidade (P1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P2), o que, no caso em questão, significaria a proibição da veiculação da notícia (R).

Essa precedência é determinada pela circunstâncias peculiares da situação concreta, as quais devem ser motivadas na sentença. Conforme a Corte alemã, uma notícia repetida (T1), não revestida de interesse atual pela informação (T2), sobre um grave crime (T3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T4) é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais: T1 e T2 e T3 e T4 ---- R.

Analisando a decisão judicial do caso aqui apresentado, Robert Alexy²⁴ comenta que os princípios abstratamente considerados por si sós não definem um dever-ser definitivo. Porém, por meio da observância da situação concreta e da ponderação obtida com os princípios colidentes, a definição da relação de preferência gera um regra, um dever-ser definitivo. No caso Lebach, a regra foi a proibição da veiculação do programa televisivo.

Segundo o mesmo autor²⁵, o caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie* até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é a definição de uma regra. Sempre que um princípio for uma razão decisiva para um juízo concreto

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra que representa uma razão definitiva para um juízo concreto. Em si mesmos, os princípios nunca são regras definitivas, mas mandamentos de otimização consubstanciados em deveres *prima facie*.

Vemos, assim, que a distinção qualitativa entre princípios e regras baseia-se nas duas noções interdependentes apresentadas: princípios importam deveres *prima facie* e regras abarcam deveres definitivos; princípios são mandamentos de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Por configurarem deveres *prima facie* e um mandamento de otimização, os princípios convivem conflituamente, e a configuração do dever-ser presente em um determinado caso concreto, no qual se vislumbra a incidência abstrata de princípios, demanda uma otimização, pois, havendo outro dever *prima facie* (princípio) aplicável à situação, deverá ocorrer um sopesamento de interesses conforme as circunstâncias fáticas presentes. Já as regras prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, proíbem), que é ou não cumprida.

3 A CONSTITUIÇÃO COMO UM SISTEMA ABERTO DE NORMAS E PRINCÍPIOS EM CONSTANTE INTERAÇÃO AXIOLÓGICA COM O MEIO SOCIAL

Vimos que um sistema se caracteriza por ser um conjunto mais ou menos complexo de elementos coordenados e estruturados, formando um todo diverso da soma dos elementos isoladamente considerado. Os sistemas podem ser abertos ou fechados, conforme interajam regularmente ou não com o ambiente em que estão inseridos.

Os sistemas abertos se caracterizam pela interação constante entre ele e seu ecossistema, por meio da importação e exportação de energia. Nos sistemas fechados, ao contrário, não há esse fluxo de interação.

A Constituição é um sistema aberto por ser um todo complexo formado por uma rede relacional de princípios e regras que estão em constante interação com o seu meio ambiente, recebendo dele energia e matéria.

Os elementos interagentes do sistema constitucional são normas, mandamentos imperativos, que se subdividem em princípios e regras. Embora a doutrina tradicional diferencie estas duas espécies normativas pelo critério do grau (seja degrau de generalidade, de abstração ou de fundamentalidade),

atualmente ganha destaque a sustentação de que a diferenciação entre elas seria também qualitativa.

Ronald Dworkin e Robert Alexy²⁶ sustentam a separação qualitativa entre princípios e regras. A distinção qualitativa baseia-se em duas noções interdependentes: princípios importam deveres *prima facie* e regras, deveres definitivos, princípios são mandamentos de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Por configurarem deveres *prima facie*, no caso de princípios, a configuração do dever-ser presente em um determinado caso concreto demanda um otimização, pois, havendo outro dever *prima facie* (princípio) aplicável à situação, deverá ocorrer um sopesamento de interesses conforme as situações fáticas presentes. Já as regras prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, proíbem), que é ou não cumprida.

A Constituição possui regras e princípios. Isso significa que, se de um lado a proteção de certos bens jurídicos (como no caso dos direitos fundamentais) demanda uma necessária abertura normativa, outros bens apenas são protegidos com a fixação do dever-ser definitivo. Disso concluímos que a Constituição decide o que quer deixar aberto, o que não quer deixar aberto e o grau de abertura permitido.

Como bem expõe Dworkin²⁷, os princípios consubstanciam as exigências de justiça e de valores éticos. Eles são padrões veiculadores de exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Por isso, se de um lado uma ordem jurídica determinante de expectativas de comportamentos demanda regras objetivas, fixadoras de dever-ser definitivo, uma ordem jurídica justa requer princípios, que serão concretizados pelo julgador na fixação do dever-ser regulatório do caso *sub judice*.

A presença dos conceitos jurídicos indeterminados, que demandam do intérprete uma sensibilidade metajurídica, e a alta carga principiológica demonstram um sistema constitucional aberto em constante interação com o meio ambiente social.

²⁶ Idem; DWORKIN, Ronald. Op. cit.

²⁷ DWORKIN, Ronald. Op. cit.

A abertura constitucional está direcionada à incorporação dos valores presentes no seio da sociedade. Os princípios propiciam esta interação axiológica que deverá ser completada pelo intérprete, uma vez que a fixação do dever-ser concreto exige uma otimização decorrente de um sopesamento. Sopesar princípios envolve valoração e interação extrapositiva, extrassistêmica. Já a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados demandam do aplicador um aporte complementar de elementos extrassistemáticos, em certa medida, hospedados muito mais na dinâmica dos fatos que na estática da positivação formal.

Vemos, assim, que é próprio da Constituição esta textura aberta, este diálogo, esta capacidade de captação de mudança na realidade e de influxo axiológico das concepções de “verdade” e “justiça”.

4 A DECISÃO JUDICIAL JUSTA

Para evitar o perecimento da sociedade, faz-se necessária a criação de normas de condutas abstratas voltadas a gerir o comportamento humano.

O simples estabelecimento de normas, por sua vez, não evita o caos. A harmonia social exige a real observância das ordens. Sendo a natureza humana como é, para uma segura observância dos imperativos, a fixação do dever-ser deve vir acompanhada de poder coercitivo, isto é, de possibilidade de, no caso de inobservância da norma, obter o cumprimento forçado da ordem, a reparação dos danos ou estabelecimento de sanção desestimuladora de infração. As normas jurídicas são dotadas de coercibilidade, portanto, passíveis de cumprimento forçado por meio da imposição da força física.

Ao Estado incumbe o exercício do poder. A ele foi atribuída a possibilidade de impor a sua vontade a outrem por meio da força.

No Estado de Direito, a vontade estatal é a vontade da ordem jurídica. Estabelecendo a ordem jurídica um dever-ser, cabe ao Estado zelar pela sua observância, utilizando, se preciso for, a força oriunda do poder.

O direito positivo, nele incluída a Constituição, estabelece o dever-ser abstrato, imperativo, que deve gerir as relações sociais.

A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade, estabelecendo, por meio de normas jurídicas, os fundamentos primários da ordenação social, limitando e racionalizando o poder, além de moldar as esferas individuais, coletivas e difusas de direitos e deveres dos indivíduos e instituições.

Ela também é direito positivo, trazendo, por seus comandos, normas jurídicas estipuladoras de dever-ser imperativo, que são dotados de coercibilidade.

Este dever-ser apresenta-se veiculado por meio de duas espécies normativas: os princípios e as regras.

Princípios estabelecem deveres *prima facie*, mandamentos de otimização, que apenas se transformam em regras, em deveres definitivos, por meio do sopesamento efetuado pelo seu cotejo com as possibilidades jurídicas (existência de princípios colidentes) e fáticas (indicadoras da aplicação da máxima da proporcionalidade). As regras, por sua vez, já estabelecem deveres definitivos, ordenando o que deve ser feito. Tanto os princípios quanto as regras são normas jurídicas, estabelecendo mandamentos imperativos dotados de coercibilidade.

Ao Poder Judiciário foi atribuída a função pacificadora de *in concreto* declarar, constituir e satisfazer direitos e definir deveres estipulados *in abstracto* pelas normas jurídicas. A ele incumbe a solução das lides, dos conflitos de interesses levados ao seu exame²⁸.

O Judiciário deve estabelecer o dever-ser concreto incidente em dada situação da vida e exigir o cumprimento deste dever-ser, no caso de inobservância voluntária de seu comando, por meio do uso da força.

Vimos que a Constituição é vista atualmente como um sistema aberto de normas e princípios. Este todo sistêmico estipula ordens imperativas, dever-ser cogente. Apresenta deveres definitivos veiculados por regras, e deveres *prima facie* veiculados por princípios.

Quando no seio social ocorre um conflito de interesses, isto é, na hipótese de uma pretensão ser resistida²⁹ (a pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio), ocorre um impasse diante de um dever-ser. Levando-se o conflito ao Judiciário, este verificará qual o dever-ser aplicado ao caso concreto, a ocorrência de sua violação e a consequência coercitiva aplicável.

Ao Judiciário atribui-se a função de estabelecer este dever-ser regulatório dos casos concretos e, a partir disto, solucionar os conflitos de interesse. A essa função estatal damos o nome de jurisdição.

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Dirrito Processuale Civile*. v. I, 1936.

²⁹ *Idem*, n. 2 e 14.

Sendo o Direito positivo³⁰ um sistema aberto de princípios e regras que interage com o meio ambiente social, dele trazendo o intercâmbio axiológico para a complementação dos conceitos jurídicos indeterminados e para o sopesamento de princípios, cabendo ao Judiciário aplicá-lo na solução dos conflitos de interesse, inegável a exigência jurídica de observância pelo Magistrado dos valores axiológicos, veiculados pela abertura constitucional, na fixação do dever-ser concreto apto a regular o caso *sub judice*.

O Judiciário deve, portanto, proferir decisões judiciais “justas”, em consonância com o valor de justiça e com a ideia de direito presentes no meio ambiente social. Este dever decorre da própria vinculação estatal ao Direito, da própria noção de Estado Democrático de Direito. Afinal, o Direito é sistema aberto de princípios e regras, e os princípios são padrões decorrentes de uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, que devem ser satisfeitas de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

CONCLUSÃO

Vimos que um sistema é um complexo de elementos em interação recíproca que, reunidos, relacionam-se entre si, formando um todo diverso da soma dos elementos isoladamente considerados. Por possuir uma função e uma ordem interna que lhe proporcionada identidade, ele não se confunde com seu ambiente. Os sistemas podem ser abertos ou fechados conforme realizem interação constante com seu ecossistema, dele retirando energia para o funcionamento interno.

Um sistema aberto caracteriza-se por ser um todo autônomo, com finalidade e ordem própria, distinto do seu meio ambiente, mas em regular interação com este. É no ecossistema que busca energia essencial para o funcionamento interno, possuindo uma codificação direcionadora da abertura sistêmica.

A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade, estabelecendo, por meio de normas jurídicas, os fundamentos primários da ordenação social, limitando e racionalizando o poder, protege instituições, além de moldar as esferas individuais, coletivas e difusas de direitos e deveres fundamentais dos indivíduos. Ela também é direito positivo, pois veicula, por seus comandos, normas jurídicas estipuladoras de dever-ser imperativo, que são dotados de coercibilidade.

³⁰ De acordo com CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 171: “O sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios” (grifos do autor).

Vista do ponto de vista estrutural, a Constituição é um sistema normativo aberto composto de duas espécies distintas de elementos sistêmicos: as regras e os princípios.

É um sistema composto de normas jurídicas, porque a estruturação das expectativas comportamentais vem instituída por mandamentos imperativos passíveis de formulação por intermédio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Trata-se de veiculação de dever-ser imperativo dotado de cumprimento coercitivo.

Ela é um sistema aberto porque os seus elementos internos sofrem influência contínua do ambiente social, tendo necessidade de se abrir ao ambiente para possibilitar o diálogo com ele. Essa abertura é manifestada pela alta carga axiológica decorrente dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados

Os princípios são ditames valorativos que expressam deveres *prima facie*, sendo normas que devem ser realizadas na maior medida conforme as situações fáticas e jurídicas concretas. Por configurarem deveres *prima facie*, a configuração do dever-ser presente em um determinado caso concreto demanda um otimização, pois, havendo outro dever *prima facie* (princípio) aplicável à situação, deverá ocorrer um sopesamento de interesses conforme as situações fáticas presentes.

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujos conteúdo e extensão são largamente incertos, padecendo de uma vaguidade ontológica. Esta inobjetividade cumpre uma função social de bem salvaguardar certos bens jurídicos essenciais para a sociedade. A definição do objetivo veiculado pelo conceito jurídico indeterminado exige do intérprete uma sensibilidade metajurídica, obrigando-o a abrir as janelas do direito ao mundo circundante e retirar do meio ambiente elementos extrassistêmicos, hospedados na dinâmica dos fatos, para obter a fixação do dever-ser regulatório dos comportamentos concretos.

Tanto a fixação do conceito jurídico indeterminado quanto a definição do dever-ser definitivo e regulatório de um caso concreto objeto de incidência de mais de um princípio constitucional demandam do intérprete uma captação extrassistêmica. Esta absorção extrapositiva direciona-se à captação axiológica, à valoração, à noção social de bom, de certo. Afinal, quando o aplicador realiza o sopesamento e visualiza, entre as normas que o legislador considerou *prima facie* válidas, o *dever-ser* adequado a regular o caso *sub judice*, ele desenvolve uma valoração sobre “o justo”, “a ideia social de direito”. Da mesma maneira,

ao se cotejar certo comportamento diante de um conceito indeterminado, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana ou a boa-fé, faz o aplicador uma análise valorativa sobre o “bom”.

É por isso que, seguindo os ensinamentos de Dworkin, falamos que princípios denotam uma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade.

Ao Poder Judiciário foi atribuída a função pacificadora de *in concreto* declarar, constituir e satisfazer direitos e deveres atribuídos *in abstracto* pelas normas jurídicas. A ele incumbe a solução das lides, dos conflitos de interesses levados ao seu exame.

Se a ele incumbe solucionar os conflitos de interesses, aplicando o Direito, deve, por conseguinte, seguir as orientações axiológicas da abertura sistêmica. Sendo a ordem jurídica aberta, é decorrência da aplicação da norma jurídica a absorção valorativa na decisão judicial. Afinal, a fixação do dever-ser concreto demanda a absorção da realidade circundante.

Claro, a fim de evitar uma distorção da mensagem aqui transmitida, lembramos que a Constituição não é composta apenas de princípios e conceitos jurídicos indeterminados. Ela veicula regras que estabelecem, de forma definitiva, o que deve ser feito. Um constitucionalismo adequado é composto de regras e princípios, com normas constitucionais de maior e menor proximidade de vinculação de efeito e condições de aplicação no caso concreto, bem como exigentes de maior ou menor discricionariedade do órgão concretizador. A Constituição decide o que quer deixar aberto, o que não quer deixar aberto e o grau de abertura permitido. Mas, nos casos de abertura sistêmica, deve o julgador absorver a valoração exigida pela Lei Maior.

Diante do exposto, concluímos que a absorção valorativa por parte do aplicador do direito positivo é uma decorrência sistêmica da abertura constitucional propiciada pelos princípios e pela presença de conceitos jurídicos indeterminados. Sendo o Direito um sistema aberto a valores, e estando o Estado vinculado ao Direito, deve o Judiciário proferir decisões judiciais “justas”, consonante os ditames de justiça vigentes no meio ambiente social.

