

A ESTRUTURA SISTÊMICA ABERTA DA CONSTITUIÇÃO COMO PARÂMETRO DE DECISÃO JURÍDICA E JUSTA

THE OPENED SYSTEMIC STRUCTURE OF THE CONSTITUTION AS A BENCHMARK
FOR A LEGAL AND FAIR JUDICIAL DECISION

Carolina Souza Torres Blanco *

Data de recebimento: 15/03/2012

Data de aprovação: 06/05/2012

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. Por ser um sistema aberto, a Constituição está em intercâmbio com o seu meio ambiente, absorvendo informações e exportando resultados gestores de expectativas sociais. Essa abertura sistêmica é manifestada pela alta carga axiológica decorrente dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados. Como ao Judiciário foi atribuída a função de *in concreto* realizar o Direito e solucionar os conflitos de interesses, possui este órgão prevalência na função sistêmica canalizadora de resultados justos. 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; Constituição como sistema aberto; princípios e regras; justiça; decisão judicial.

* Mestranda em Direito do Estado, área de concentração- Direito Constitucional, pela Pontifícia Católica de São Paulo (PUC-SP). Bolsista CNPq. Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Advogada.
Email: carolinablanca@adv.oabsp.org.br

ABSTRACT

This article will have to go through the pursuit of a just decision, sustaining an absorption by the Positive law enforcer arising from systemic opening of the Constitution. View the Constitution as an open system of principles and rules, configuring a complex whole formed by networks of relationships of different regulatory elements. Based on the fact that it is an open system, the Constitution is under infinite exchanges with their environment to exchange information and energy, absorbing energy and information received from the environment and exporting drivers results of social expectations. This systemic opening is manifested by high load of indeterminate legal concepts and principles. As the Judiciary was assigned the role of concrete in the law and resolve to accomplish conflicts of interests, owns this prevalence in systemic organ function by results. Being an open system the right values, and being the State linked to the Right, should the judiciary handed down judgements “fair”, in line with the dictates of Justice prevailing in the social environment.

KEYWORDS

General theory of systems; Constitution as open system; principles and rules; Justice; judgment.

1. INTRODUÇÃO

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.

A Constituição é um sistema aberto. 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”.

No presente artigo, buscamos explicar esta inter-relação entre abertura sistêmica e decisão judicial justa. Para isso, a compreensão sistêmica da Constituição é essencial. A caracterização de um sistema, a visualização das características de um sistema aberto, bem como a compreensão das características dos princípios serão aspectos essenciais à consecução de nosso objetivo.

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 preceito mandamental concreto. Quando o aplicador realiza o sopesamento e visualiza, dentre 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 idéia social de direito”. Disso decorre que a própria estrutura principiológica implica em 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 buscarmos a justificação jurídica da decisão justa, percorreremos o seguinte caminho.

Primeiramente, abordaremos a “teoria geral dos sistemas” elaborada pelo biólogo alemão Ludwing Von Bertalanffy, para a devida compreensão 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 estudaremos a estrutura sistêmica de nossa Lei Fundamental, vislumbrando os elementos que a compõem. Por fim, analisaremos a abertura sistêmica da Constituição e a sua influência no dever jurisdicional decorrente do Estado de Direito de proferir decisões adequadas aos valores de “justiça”. Abordamos, aqui, o direito à justiça como decorrência da

garantia do direito de acesso à justiça.

A visualização da Constituição como sistema aberto é ferramenta operacional necessária para que o Direito atinja o seu fim. Por meio dela, supre-se a exigência de ordem e de segurança e estabelece-se uma abertura ética ao jurídico. Compreender a Constituição como sistema aberto é ponto fulcral a uma dogmática transformadora.

2. A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO

Para a compreensão da Constituição como sistema aberto, indispensável será a conceituação de sistema e sua classificação.

2.1. 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, Bertalanffy¹ busca construir uma teoria geral dos sistemas como um instrumento útil capaz de fornecer modelos aptos a serem utilizados em diversos campos.

Sistema é apontado por Bertalanffy como um conjunto de elementos interdependentes, coordenados e estruturados, ligados por uma rede de relações; nas suas palavras, “sistema é um complexo de elementos em interação”.²

O sistema é um complexo de elementos em interação recíproca, que, reunidos, se relacionam 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.

1 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, op. Cit., 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 organizmico e na evolução”.

2 BERTALANFFY, Ludwin Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 56.

Tércio Sampaio define sistema como “um complexo que se compõe de uma estrutura e de um repertório”³. 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 Bertalanffy⁴, os sistemas existem dentro de um ecossistema formado por outros sistemas. Cada sistema é constituído de subsistemas. Cada subsistema pode ser detalhado em seus subsistemas componentes; também o supra-sistema faz parte de um supra-sistema 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 determina o seu papel no intercâmbio com outros sistemas.

Um sistema é, assim, 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 proporciona 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.

2.2. 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 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”⁵.

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

³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 175.

⁴ BERTALANFFY, Ludwin Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petropolis: Vozes, 1977.

⁵ BERTALANFFY, Ludwin Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petropolis: Vozes, 1977, p. 167.

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.

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

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

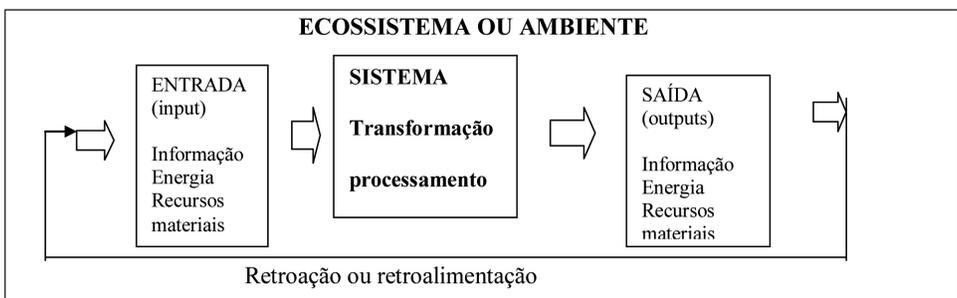
O “processador ou transformador (throughput)” é o mecanismo ou fenômeno do sistema responsável por produzir as mudanças sistêmicas por meio da produção do resultado. Por ele, entram os insumos e saem coisas diferentes.

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. 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 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 de acordo com a faixa geral de insumos que podem ser absorvidos e com respeito à abertura de determinados tipos de insumos. A “codificação de sistema” configura o agir sistêmico, a fim de assegurar especificações para a absorção de informação e energia, descrevendo o funcionamento real das barreiras que separam o sistema de seu meio ambiente.

Modelo do Sistema Aberto



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

2.3. A Constituição como Sistema Aberto

Nos tópicos anteriores, buscamos estabelecer o conceito de sistema e de sistema aberto. Um sistema é visto como um complexo de elementos que interagem e formam um todo que não se confunde com a soma de suas partes. O sistema pode ser aberto ou fechado, conforme haja interação constante com o seu meio ambiente.

Embora a visão sistema tenha surgido no âmbito científico da biologia, esta forma de visualização propicia a compreensão de fenômenos científicos diversos, sendo a sua aplicação ao Direito de importância ímpar.

O Direito, produto cultural feito pelo homem *para* o homem, exprime racionalidade à convivência humana. O homem, ser sociável que é, agrupa-se e estabelece a regulação do meio social criado. O Direito configura, assim, exigência de ordem à convivência humana. Ordenam-se os arbítrios, para que a todos o Direito sirva, para que a todos se assegure dignidade.

Para que cumpra a sua missão, deve o Direito ser visto como sistema, como um sistema aberto. A existência de fronteiras e de codificação supre a exigência de ordem. As entradas, saídas e retrocessão permitem que exigências ético-sociais transpassem ao jurídico.

A Constituição, Lei Magna, possui papel essencial à configuração sistêmica do Direito. Iniciando o ordenamento jurídico e emanando validade para as demais normas, a Constituição inaugura a ordem jurídica de um dado povo soberano e se põe como suporte de validade a todas as demais regras de direito. É ela em si também um sistema, um sistema aberto, que possibilita a abertura do sistema jurídico.

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. É um todo funcional diverso da soma de suas partes, o que permite respostas normativas sistemáticas.

O diálogo da Constituição com a sociedade é constante. Como mencionam Carlos Ayres Britto e Celso Ribeiro Bastos⁶, 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 à sociedade, exigindo do intérprete uma sensibilidade metajurídica, obrigando-o a abrir as janelas do direito ao mundo circundante, para que dele retire elementos extra-sistêmicos, hospedados na dinâmica dos fatos, na fixação do “dever ser” regulatório dos comportamentos concretos.

Nas palavras de Carlos Ayres Britto e Celso Ribeiro Bastos⁷:

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 passa a **solicitar**, num grau bem maior que o direito comum, o **aporte complementar de elementos extra-sistemáticos**, 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 lingüística da norma(...)**

Vemos, assim, mais uma peculiaridade do direito constitucional que obriga o intérprete a abrir as janelas do direito para o mundo circundante e exercer a chamada ‘sensibilidade metajurídica’, resultante da própria direção axiológica da Constituição que é o fenômeno político. (Grifos nossos)

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

⁷ BASTOS, Celso ; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 6.

Além da presença dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais 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 extra-positiva, extra-sistêmica.

Pelas entradas ingressam elementos do sistema social, os quais são processados pelos instrumentos sistêmicos e transformam-se em resultados expelidos ao meio. Como será visto mais a frente, esta transformação é realizada, sobretudo, pelo Poder Judiciário.

Vemos, assim, que é próprio da Constituição essa textura aberta, esse diálogo ou, nas palavras de Canotilho, essa “capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem mudança na realidade e estarem abertas às concepções cambiantes de ‘verdade’ e da ‘justiça’”⁸.

3. A ABERTURA ÉTICA DA CONSTITUIÇÃO E OS PRINCÍPIOS

O Direito não é aético. É uma ciência deontológica e normativa que tem um fim. E qual é este fim? Estamos com Del Vecchio, segundo o qual “a noção de justo é a pedra angular de todo o edifício jurídico”⁹. Vemos o Direito como exigência de Ordem para Justiça. De Justiça para Dignidade Humana. Do Direito para o Homem.

Embora a consideremos o fim do direito, não podemos desconsiderar o caráter indefinido da justiça. A justiça, em si, constitui um objeto metafísico, correlacionado à preferibilidade por certas expectativas do sujeito cognoscente¹⁰. Não há uma concepção de justiça única e boa que corresponda ao ideal de justiça perseguido pelo coração dos homens¹¹. Justiça é uma palavra que possui ressonância emotiva. Para muitos, *é ela a fonte das virtudes, a consolidação da moral inteira*¹². Mas defini-la, de modo definitivo, é ilusório.

No que pese certo viés subjetivo do justo/ injusto, há uma consciência axiológica coletiva, consubstanciando os valores éticos mais importantes da convivência

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991, p.171.

⁹ G. Del Vecchio, **Justice, Droit, État** Paris: Sirey, 1938, § 1, p. 4.

¹⁰ Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Jr, in, BARROS CARVALHO, Pulo de. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2011.

¹¹ Nesse sentido, PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹² Nesse sentido, Dupréel. Informação retirada de Chaïm Perelman, **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes.

social. Ademais, não se pode negar a existência de carências decorrentes da condição humana que devem ser asseguradas. Assegurar estas carências, atender estes valores éticos mediante normas positivas é objetivar, quanto possível, a justiça. É protegê-la. E ressaltamos: proteger a justiça não é um fim em si mesmo, ela direciona-se ao homem, fim de toda a ordenação. Assegurar justiça é assegurar dignidade ao ser humano, suprindo as suas carências, em uma eterna dialética individual-coletivo.

Ser justo é atribuir a cada qual o que lhe cabe segundo a lei¹³; mas não uma lei qualquer. Uma lei ética, não só formalmente justa, mas carregada de potencialidade material de justiça. Uma lei carregada de objetos metafísicos, de valores, que deverá ser aplicada a um caso concreto, para que a ele seja dada a solução sistemicamente mais justa, que consagre esses mesmos valores e respeite a dignidade do ser, fonte e sentido de toda a experiência jurídica¹⁴. Ser humano, insubstituível, que se autodetermina, numa eterna relação indissociável com a eticidade.

O Direito tem, assim, por objeto a consagração desses valores ético-sociais, tendo por fim a justiça. E, para concretizar tanto quanto possível esta justiça, ele mesmo torna operativos instrumentos de eticidade para uma resposta sistêmica a estas exigências sócio-valorativas.

Fala-se, hoje, no Direito como Sistema Aberto. Um sistema aberto em que os seus elementos internos sofrem influência contínua do ambiente social, tendo necessidade de se abrir ao ecossistema para possibilitar o diálogo com ele. Um sistema normativo com alta carga principiológica. Um sistema que protege bens jurídicos fundamentais da comunidade com conceitos jurídicos indeterminados. Um sistema com uma textura aberta, com disponibilidade e capacidade de aprendizagem para captar mudança na realidade e estar aberto às concepções cambiantes de ‘verdade’ e da ‘justiça’¹⁵.

¹³ Chaïm Perelman cita seis sentidos de justiça: dar a cada qual a mesma coisa, dar a cada qual segundo os seus méritos, dar a cada qual segundo suas obras, dar a cada qual segundo suas necessidades, dar a cada qual segundo a sua posição, dar a cada qual o que a lei lhe atribui. Após a explicação de cada sentido, busca encontrar o fator de unidade de todos esses sentidos conceituais. (PERELMAN, Cháim. Op Cit.) Trabalhamos o último sentido, sem perder de vista a sua indissociabilidade com a ideia do ideal metafísico de justiça.

¹⁴ Nas palavras de Flávia Piovesan, parafraseando-a: aos operadores do Direito incumbe, desta feita, a tarefa de recuperar, no Direito, seu potencial ético e transformador, atribuindo máxima efetividade aos princípios constitucionais e internacionais fundamentais, com destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana- por que fonte e sentido de toda a experiência jurídica (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana, *Revista do Advogado* 70: 34-42, 2003).

¹⁵ CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1991, p. 171. Canotilho, neste ponto, refere-se à textura aberta da Constituição, isto é, à “disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem mudança na realidade e estarem abertas às concepções cambiantes de ‘verdade’ e da ‘justiça’”.

A Constituição é um sistema normativo aberto composto por duas espécies normativas, as regras e os princípios. Entendemos que os princípios são instrumentos operacionais desta abertura ética, configurando veículos, que, por sua estrutura lógico-normativa, possibilitam o suprimento de exigências sócio-valorativas. Para a devida visualização da interrelação entre princípio e abertura ética, indispensável a compreensão do conceito de princípio e a sua diferenciação das regras.

3.1. Distinção entre regras e princípios sob o aspecto qualitativo

A distinção entre regras e princípios pode ser realizada sob dois enfoques: um qualitativo e um de grau. Tradicionalmente, a distinção partia de um enfoque unicamente de grau, fosse 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 mais apenas as diferenças de grau. Esta distinção qualitativa traduz aspecto essencial para possibilitar abertura ética ao jurídico.

A tese da separação qualitativa entre princípios e regras surge da diferenciação preconizada por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Segundo esses 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 definitivos¹⁶. A segunda noção determina que princípios são mandamentos de otimização,

¹⁶ A idéia 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 das regras, 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.” (ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, p.92).

ordenando que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

3.1.1. Deveres *prima facie* e deveres definitivos

Para facilitar a compreensão, iniciaremos a diferenciação de deveres *prima facie* e deveres definitivos com exemplo de “dever ser” extraído da Moral.

Virgílio Afonso da Silva apresenta, em artigo científico, o seguinte exemplo¹⁷: João promete ir à festa de aniversário de seu amigo José. Entrementes, fica João sabendo que seu outro amigo está extremamente doente e precisa de ajuda. Para João, tanto quanto cumprir as promessas feitas, ajudar um amigo também é um dever. Nesse caso concreto, contudo, não é possível cumprir ambos os deveres. Após a ponderação, decide João ajudar seu amigo doente e não ir à festa de José. Isso não significa que “cumprir promessas” tenha deixado de ser um dever para João. Tanto o dever de cumprir promessas, quanto o dever de ajudar os amigos são deveres *prima facie*. 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 ou sopesamento.

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 configurar dever definitivo.

Segundo Ronald Dworkin¹⁸, as normas que expressam deveres *prima facie* são os princípios. Já as regras sempre estipularão deveres definitivos.

Para o autor supracitado, os princípios configuram exigências de justiça e de valores éticos. Dworkin¹⁹ denomina “‘princípio’ um padrão que deve ser observado (...) porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Como é próprio dessas “exigências de justiça”, ocorre colisão axiológica quando esses 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 Exemplo retirado de SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*. Del Rey, n. 1, p. 609-630, jan./jun.2003.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

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

3.1.2. Mandamentos de otimização

Segundo Robert Alexy²⁰, 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 pelas regras colidentes. Já as regras, são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fático 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-se²¹.

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

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 precedên-

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 174.

cia 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 contrária²².

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, e, por isso, ingressou com demanda em juízo pretendendo a não veiculação do programa.

A demanda chegou ao Tribunal Constitucional Federal. Nesse 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 decidir qual interesse deveria ceder, levando-se em conta a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais.

Duas normas levariam, 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

22 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 95.

23 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 100.

grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação, que coloca em risco a ressocialização do autor”, a proteção da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informar, o que, no caso em questão, significaria a proibição da veiculação da notícia.

E essa precedência é determinada pelas circunstâncias peculiares da situação concreta, as quais devem ser motivadas na sentença. Conforme a Corte alemã, uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Analisando a decisão judicial do caso aqui apresentado, Robert Alexy²⁴ comenta que os princípios abstratamente considerados por si não definem um dever ser definitivo. Porém, pela observância da situação concreta e por meio da ponderação obtida com os princípios colidentes, a definição da relação de preferência gera uma 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 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, a convivência dos princípios é conflitual, 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

24 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

25 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

exigência (impõem, permitem, proíbem), que é ou não cumprida.

Os princípios constitucionais são normas jurídicas cogentes que obrigam o aplicador a segui-lo quando se defronte com caso concreto que a ele se relacione.

Os princípios representam exigências éticas. Sopesar ou ponderar princípios implica em uma absorção ética por parte do aplicador. O seu raciocínio ingressa no razão moral prática. Por isso, vinculado está o aplicador aos valores sociais éticos vigentes no meio social.

3.1.3. A Constituição, os princípios e a interação normativa axiológico-social

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 considerados. Os sistemas podem ser abertos ou fechados, conforme interagem regularmente ou não com o ambiente em que estão inseridos.

Os sistemas abertos se caracterizam pela interação constante entre eles 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 essas duas espécies normativas pelo critério do grau (seja grau de generalidade, de abstração, 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 uma otimização, pois, havendo outro dever *prima facie* (princípio) aplicável à situação, deverá ocorrer um sopesamento de interesses, conforme as situações fáticas presentes. Já as

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

regras prescrevem, imperativamente, uma exigência (impõem, permitem, proíbem), que será 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 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.

A abertura constitucional está direcionada à incorporação dos valores presentes no seio da sociedade. Os princípios propiciam esta interação axiológica, a qual 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 extra-positiva, extra-sistêmica. Já a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados demanda do aplicador um aporte complementar de elementos extra-sistemáticos, em certa medida hospedados muito mais na dinâmica dos fatos do 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

4.1. O direito à justiça no Direito Positivo Brasileiro

Como mencionado, o Direito não é aético. Configura ele um produto cultu-

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ral feito pelo homem para o homem. Deve, portanto, satisfazer as exigências ético-valorativas existentes no plano social, cumprindo exigências de justiça e protegendo o ser humano em suas carências.

Para a efetiva concretização e proteção pelo jurídico, com o fim de qualquer debate metafísico, a positivação é aspecto essencial. Positiva-se um sistema jurídico ético, com instrumentos de se assegurar esta ética, mesmo a casos não previstos *a priori*. Ética esta que não é um fim em si, mas volta-se à preservação da dignidade humana e ao bem comum.

Ao lado dos instrumentos operativos propiciadores da abertura ética, encontramos o direito subjetivo de obter justiça. Esse direito encontra-se no direito de acesso à justiça.

Segundo Dinamarco, “*só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça*. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade”²⁸.

O direito de acesso à justiça é postulado básico para uma proteção jurídica do indivíduo. De nada adiantaria fixar a dignidade da pessoa humana como o pilar estrutural da ordenação jurídica, nacional e internacional, se, na prática, não houvesse mecanismos para zelar por sua realização.

A afirmação real, e não apenas formal, de direitos, com o reconhecimento de sua obrigatoriedade²⁹, pressupõe a existência de mecanismos que restabeleçam a sua integralidade no caso de violação.

Ademais, um Estado submetido ao Direito tem como pilar a “proteção jurídico-judiciária”³⁰ do indivíduo. A proteção dos direitos por meio do direito é ponto elementar do Estado de Direito.

Em um Estado Democrático de Direito, atribui-se aos indivíduos direitos que lhes asseguram contra qualquer arbítrio estatal e se impõem a particulares. Sendo a natureza humana como é, a efetiva observância desses direitos importa, muitas vezes, na garantia de sua imposição mediante a força, quando não há respeito voluntário. Ao Estado, detentor da força e da incumbência de manter a paz social, atribui-se a função de realização *in concreto* do Direito e, para isso, em um Estado de Direito, mister se faz o estabelecimento de garantias e normas que ordenem esta

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 115.

²⁹ Seguindo a doutrina de Bobbio, direitos pressupõem exigibilidade.

³⁰ Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho. Op. Cit. p. 499.

atuação estatal. Estabelece-se, assim, um método para o exercício adequado da função jurisdicional, um método chamado *processo*, que deverá se submeter ao Direito. Não basta apenas um procedimento previsto em lei para haja subordinação do processo ao Direito. Este processo deverá ser justo, adequado e propiciador de respostas também justas e adequadas.

O direito de acesso à justiça constitui, portanto, garantia elementar da realização do Direito, da manutenção da paz social e da proteção do ser humano. Implica no dever estatal³¹ de assegurar justiça aos seus jurisdicionados, o que se obtém com a garantia de um devido processo legal, o qual culmina em decisões justas e efetivas a quem dele necessite e que proteja, na realidade social, direitos subjetivos, interesses e princípios gerais do direito -positivados expressamente ou decorrentes de derivação sistêmica -consagrados na ordem jurídica.

Em razão de sua importância crucial à proteção do ser humano e à efetivação da ordem jurídica, o direito de acesso é objeto de consagração positiva tanto no âmbito jurídico doméstico (art. 5º, XXXV, LIV da CF, além de outras garantias processuais constitucionais) quanto na esfera internacional (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art.10, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 14º/1/1, Convênio Europeu de Direitos Humanos, art.6º, Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º e 25).

Além de constituir a base do Estado de Direito³², a garantia do direito de acesso encontra fundamento no artigo 5º, XXXV (inafastabilidade da jurisdição), e inciso LIV (devido processo legal) da Constituição brasileira.

Alguns doutrinadores apontam como base primária da garantia em tela o art. 5º XXXV, associando-a com o direito de ação *lato sensu*³³. Nessa corrente, a garantia do devido processo legal é elencada como conteúdo do direito de acesso à justiça³⁴.

³¹ Embora o encargo estatal de propiciar justiça por seus próprios agentes seja essencial para um Estado de Direito, a existência de outros meios *alternativos* de resoluções de conflito, amparados também pelo Estado, amplia a realização do Direito. Isto, é claro, quando não se tolhe a garantia de obter amparo estatal.

³² Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho.

³³ Em CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 87: "O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como o direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a direitos individuais. É a seguinte a redação do inciso XXXV do art. 5º, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos".

³⁴ Nesse sentido, "Em conclusão, pode-se afirmar que a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o direito de defesa (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal". (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 90).

Outra corrente³⁵ aponta como princípio base do processo, no qual todos os demais encontram sustento, o devido processo legal. Nessa visão, a referida garantia não é vista apenas em um sentido processual (*faire procedure, faire Verfahren*, que abarca as garantias do contraditório, ampla defesa, juiz competente, sentenças motivadas, etc), mas refere-se, também, ao devido processo substancial, máxima que implica na verdadeira proteção da vida, liberdade, propriedade (interpretados em sentido amplíssimo), via observância da proporcionalidade, razoabilidade. Essa visão resultou de interpretação das emendas 5^a e 14^a da Constituição Americana pela Suprema Corte dos Estados Unidos, traduzindo a essencial razoabilidade que deve mediar o poder do Estado. Nesse sentido, o *due process of law* configura o postulado fundamental do direito e da garantia de acesso à justiça.

Entendemos que as duas normas fazem parte de um bloco unitário que garante o acesso à justiça. Para nós, esta garantia configura o direito de obter justiça, com a realização concreta do Direito. Quando nossa Constituição enfatiza que nenhuma lesão ou ameaça a direitos poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, demonstra a obrigação estatal de prestar jurisdição, dever que já decorre do Estado de direito, pacificando os conflitos de interesses, mantendo o império do Direito e assegurando justiça. A todos, é garantida a tutela jurisdicional (universalidade e inafastabilidade da jurisdição). No Brasil, esta tutela foi conferida ao judiciário, ao contrário de outros modelos, como o francês, que distribui a função jurisdicional entre o Poder Judiciário e um Contencioso Administrativo. Isso não significa que não existam outros mecanismos existentes de acesso à justiça³⁶. Estes são, contudo,

³⁵ Segundo Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, o devido processo legal constitui postulado fundamental do direito constitucional (gênero), do qual derivam todos os outros princípios (NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade; **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**; p. 182). Em outra obra, Nelson Nery assim se manifesta: "Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of Law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies" (NERY, Nelson; **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 79). Essa parece ser a orientação de J.J. Canotilho: "a idéia de um *due process* jurisdicional é hoje agitada a propósito de conformação justa e adequada do direito à tutela jurisdicional" (CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 495).

³⁶ Dinamarco fala em "meios alternativos de acesso à justiça", "justiça parajurisdicional". Trata-se da auto-composição altruísta (em oposição à autotutela, chamada de auto-composição egoísta), que pode ser obtida por meio da mediação ou ser espontânea, e da heterocomposição derivada da arbitragem. São, ao lado da jurisdição, meios de obtenção de justiça. Mas, no caso de sua ineficácia, ou na ausência de vontade das partes de comporem suas lides por este caminho, as portas do Judiciário devem estar sempre abertas, para que este, preenchendo o autor as condições para que faça jus a uma resposta ao seu pedido, dê uma resposta, de acordo com o Direito (em consonância, inclusive, com os valores éticos da sociedade) efetiva e executável.

alternativos, e, na sua inoperabilidade, o Judiciário reserva-se a capacidade de zelar pela pacificação social, já que a ele é reconhecida a imperatividade e inevitabilidade de suas decisões.

Cremos, ademais, que o art. 5º, XXXV, deva ser interpretado sempre conjuntamente com o 5º, LIV, dispositivo que prevê a cláusula do devido processo legal. À garantia da inafastabilidade da jurisdição, deve somar-se a avançada interpretação dada à cláusula do *due process of law*. Isso porque o direito de acesso à justiça abarca o direito à ordem justa³⁷, ao provimento efetivo, de acordo com o Direito, de resultados, emanado de um processo legítimo, que, ao mesmo tempo em que sirva de limite ao arbítrio do Estado, propicie condições para a emissão da melhor resposta possível para o caso *sub judice*. A tutela jurisdicional deve ser prestada garantindo-se um processo equo (obediência ao devido processo legal processual), pois, só assim, se realiza justiça; deve também obedecer aos postulados do *due process* substancial, estando o provimento estatal em consonância com as máximas da proporcionalidade e, por conseguinte, com os princípios, mandamentos de otimização que consubstanciam os valores de uma sociedade. Entendemos, também, que o direito a um processo de resultado, efetivo, encontra aqui a sua fundamentação.

Ao lado desses dois dispositivos, que garantem o direito à reparação efetiva à lesão de direitos e o direito à justiça, tece-se, na Constituição, uma teia de garantias relativas ao devido processo legal processual que assegura às partes, tanto na postulação como na defesa, o pleno exercício de suas faculdades e poderes processuais, para que possam influenciar na obtenção do resultado adequado, ao mesmo tempo em que limita o poder estatal (permitindo o exercício legítimo da jurisdição).

Dentre essas garantias previstas no texto magno, que para nós englobam também o direito de acesso à justiça, já que, sem processo legal não há direito à ordem jurídica justa³⁸, podemos citar as seguintes: a garantia do juiz natural e a vedação do tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII e LIII); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); a igualdade processual - igualdade de armas (art. 5º, *caput*); publicidade e dever de motivar as decisões jurisdicionais (art. 5º, LX e art. 93, IX); a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI); presunção de inocência (art. 5º, LVIII); direito à identificação dos responsáveis pela prisão (art. 5º, LXIV), a vedação da in-

³⁷ O direito de acesso à justiça como direito à ordem jurídica justa, que propicia justiça.

³⁸ Segundo Dinamarco, “*Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça*. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade” (DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, p.115).

comunicabilidade do preso (art. 5º, LXIII), a prestação de assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados (art. 5º, LXXIV).

Ressaltamos, ainda, que o Brasil é signatário de tratados internacionais de direitos humanos, os quais, para nós, ao serem ratificados, veiculam, no Direito Interno, normas materialmente constitucionais³⁹. Por isso, as normas previstas nestes instrumentos internacionais que consagram o direito de acesso à justiça também constituem fundamento positivo da garantia no Direito Brasileiro.

O direito de acesso à justiça e, via de consequência, o direito à justiça fundamentam-se no Estado de Direito⁴⁰ (art. 1º da CF), na garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e na cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV), esta última compreendida tanto em seu sentido processual como material, nas normativas internacionais sobre a matéria ratificadas pelo Brasil, já que, vistas em conjunto, propiciam a consagração do direito à ordem jurídica justa e ao recebimento de justiça.

4.2. A Jurisdição e a decisão judicial justa

Vimos que o direito à obtenção de justiça é direito positivado no ordenamento jurídico brasileiro e se manifesta mediante a garantia de acesso à justiça. Esse direito positivado de obtenção de justiça apenas é passível de concretização graças a instrumentos sistêmicos constitucionais de abertura ética, que propiciam ao intérprete, realizador do Direito, transpassar ao jurídico exigências ético-valorativas viventes no meio ambiente social. A visualização da Constituição como sistema aberto,

³⁹ A redação do art. 5º, § 2º parece indicar que os direitos humanos decorrentes de tratados, embora não tenham sido formalmente previstos no corpo da Constituição, por serem dotados de fundamentalidade, se incorporam à Constituição material e, via de consequência, acabam tendo *status* equivalente às normas positivadas formalmente no texto da Lei Maior. A emenda constitucional 45 introduziu no texto constitucional um §3º no art. 5º, determinando que os tratados e as convenções que forem aprovados pelo procedimento das emendas constitucionais serão equivalentes a estas. Para nós, a não aprovação do tratado pelo procedimento das emendas não influi na hierarquia constitucional dos direitos humanos previstos no instrumento internacional. O rito do art. 5º §3º, apenas configura a atribuição de *status* constitucional formal ao direito, que já seria, após a incorporação do tratado, materialmente constitucional. Esta posição é perfilhada por grandes doutrinadores, como Flávia Piovesan e Ingo Sarlet.

⁴⁰ “art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito*...”. Segundo J.J Gomes Canotilho, o princípio da proteção jurídica e das garantias processuais forma a terceira dimensão do Estado de Direito, já que desse deriva que a proteção dos direitos seja feita por meio do direito, além do que, nas palavras do mestre português “a garantia dos direitos fundamentais só pode ser efetiva quando, no caso de violação destes, houver uma instância independente que restabeleça a sua integridade” (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 274).

composto de regras e princípios, propicia este desiderato.

Passemos, agora, à análise da função jurisdicional e sua indissociável vinculação à emissão de resultados sistêmicos justos, em consonância com os valores sociais e com as exigências éticas.

Como dito alhures, 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” dever 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 com a 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, da 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, através de normas jurídicas, os fundamentos primários da ordenação social, limitando e racionalizando o poder, moldando 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 mediante 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, a partir de 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 exame⁴¹.

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, via o uso da força.

A Constituição é vista atualmente como um sistema aberto de normas e princípios. Este todo sistêmico estipula ordens imperativas, “dever ser” cogente, apresentando 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 resistida⁴² (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.

Sendo o Direito positivo 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, e 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 idéia 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

⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Dirrito Processuale Civile**. v. I. 1936 in MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 1999, p. 152.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Dirrito Processuale Civile**. v. I. 1936, no. 2 e 14. in MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 1999, p. 152.

ou alguma outra dimensão da moralidade, que devem ser satisfeitas de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um sistema é um complexo de elementos em interação recíproca que, reunidos, relacionam-se, formando um todo diverso da soma dos elementos isoladamente considerados. Por possuir uma função e uma ordem interna que lhe proporciona 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, protegendo instituições, moldando 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.

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 deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Trata-se de veiculação de “dever ser” imperativo dotado de cumprimento coercitivo.

A Constituição 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 uma otimização,

pois, havendo outro dever *prima facie* (princípio) aplicável à situação, deverá ocorrer um sopesamento de interesses.

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo 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 extra-sistêmicos, 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 extra-sistêmica. Esta absorção extra-positiva direciona-se à absorção axiológica, à valoração, à noção social de certo, pois, quando o aplicador realiza o sopesamento e visualiza, dentre 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 idéia 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”. 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 jurisdicional 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, a absorção valorativa por meio da decisão judicial é premissa do Estado de Direito.

No campo do Direito Positivo brasileiro, encontramos o direito à justiça vinculado à garantia de acesso à justiça, a qual fundamenta-se, normativamente, no Estado de Direito (art. 1º da CF), na garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e na cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV), esta última compreendida tanto em seu sentido processual como material. Para nós, seguindo a doutrina de Dinamarco, o direito de acesso à justiça não abarca somente uma garantia à tutela

jurisdicional, mas refere-se ao próprio direito à justiça. Esse direito, por sua vez, torna-se operativo por instrumentos sistêmicos constitucionais que permitem uma adequação ética por parte do aplicador. Ver a Constituição como sistema aberto de princípios e regras cumpre este desiderato.

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. Nos casos de abertura sistêmica, contudo, deve o julgador absorver a valoração exigida pela Lei Maior.

Concluimos, ao fim, 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 e encontra-se vinculada a um direito de acesso à justiça. Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. 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.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BASTOS, Celso; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo : Saraiva, 1982.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- BERTALANFFY, Ludwin Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petropolis: Vozes, 1977.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Dirrito Processuale Civile**. v. I. 1936.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Teoria Geral do Processo**.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1994.
- G., Del Vecchio, *Justice, Droit, État*, Sirey, 1938, § 1.
- GODOY, Márcio Antônio de. **A Constituição como Sistema. O modelo do Sistema Aberto**, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) PUC-SP. São Paulo.
- LARENZ, Karl, **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. 1ª ed. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade - Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1999.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o princípio da dignidade humana**, *Revistado Advogado* 70:34-42, 2003.
- ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco J. **De máquinas e seres vivos: auto-poiese- a organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- 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.