

CONSTRUÇÃO DAS NORMAS INTEGRANTES DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NA PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO

(Regras, princípios, valores e problemas)

Aldemario Araujo Castro

Mestre em Direito

Procurador da Fazenda Nacional

Professor da Universidade Católica de Brasília

Brasília, 1o. de maio de 2012 (última atualização)

O Direito (o sistema jurídico, a ordem jurídica ou o ordenamento jurídico) busca ou visa regular condutas ou comportamentos humanos. Nesse sentido, fala-se em três possibilidades (ou modais deônticos). Define-se o que é *permitido*, o que é *proibido* e o que é *obrigatório* (zzz NOTA). Nessa seara, as normas jurídicas (zzz NOTA: diferenciar enunciados e normas) são os veículos de fixação das condutas esperadas. Ocorre que as normas jurídicas, as definições específicas de comportamentos esperados, são construídas ou conformadas para realizar certos *valores*.

São, portanto, substancialmente corretas as considerações de PAULO DE BARROS CARVALHO no sentido de que “o direito existe para cumprir o fim específico de reger os comportamentos humanos nas suas relações de intersubjetividade, implantando valores que a sociedade almeja alcançar” (zzz NOTA). Na mesma linha, anota MARCOS BERNARDES DE MELLO que “na sua finalidade de ordenar a conduta humana obrigatória, o direito valora os fatos e, através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano” (zzz NOTA).

Vale destacar, por sua profunda importância na construção da ordem jurídica, o sentido da categoria *valor*. Segundo PAULO DE BARROS CARVALHO, “... os valores aparecem como centros significativos que expressam uma preferibilidade (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados em um sentido consistente” (zzz NOTA). Para HANS Kelsen, “o valor que consiste

na relação de um objeto, especialmente de uma conduta humana, com o desejo ou vontade de um ou vários indivíduos, àquele objeto dirigida, pode ser designado como valor subjetivo - para o distinguir do valor que consiste na relação de uma conduta com uma norma objetivamente válida e que pode ser designado como valor objetivo" (zzz NOTA). Assim, buscando um exemplo que esclareça o ponto destacado, quando uma norma de direito define a proibição de qualificação jurídica de fatos passados (retroatividade) realiza o *valor* segurança (jurídica).

Na quadra histórica anterior ao constitucionalismo moderno, com a veiculação de Constituições como documentos formais, os *valores* a serem prestigiados, responsáveis pela conformação das regras de conduta, encontravam-se difusos ou dispersos em várias manifestações do tecido social.

Em geral, somente com o constitucionalismo moderno os *valores* passaram a ser explicitados com clareza. Na fase do constitucionalismo liberal e social, os *princípios* jurídicos postos nas Constituições funcionaram como veículos dos *valores* a serem considerados pelo legislador por ocasião da elaboração das normas jurídicas reguladoras das condutas (as *regras* ou *normas-regras*).

Importa ressaltar que os *princípios*, nessa última etapa histórica, foram tratados como normas programáticas dirigidas ao legislador (zzz NOTA - Barroso). Não se reconhecia força normativa ou vinculante aos *princípios* para operar diretamente no plano das condutas ou comportamentos. Esse regramento de condutas dependeria *sempre* da mediação do legislador por intermédio de *regras* (ou *normas-regras*).

O constitucionalismo atual ou contemporâneo mantém os *princípios* constitucionais como os veículos dos mais importantes *valores* a serem realizados na sociedade. Entretanto, inova profundamente, e de forma revolucionária, no tocante à construção e operacionalização do direito, ao reconhecer (ou atribuir) força normativa e vinculante aos *princípios*. Tais normas (as *normas-princípios*) deixam de ser dirigidas tão-somente ao legislador e passam a orientar a atuação específica de todos os operadores do direito, em especial dos magistrados.

Assim, na atualidade são encontrados dois tipos básicos de normas jurídicas, notadamente nos textos das Constituições:

a) regras (ou normas-regras): normas jurídicas com dimensão imediatamente comportamental (descreve comportamentos) com aplicação por subsunção ou correspondência entre conceitos e fatos (zzz Humberto);

b) princípios (ou normas-princípios): norma jurídica com dimensão imediatamente finalística (determina a realização de um fim juridicamente relevante). Estabelece um estado de coisas a ser promovido gradualmente como efeito de comportamentos necessários. Assim, são normas finalísticas que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização (zzz Humberto).

As considerações anteriores podem ser resumidas na forma do seguinte quadro demonstrativo:

	Pré-Constitucionalismo	Constitucionalismo Liberal e Social	Constitucionalismo Atual
Valores	Difusos em: documentos políticos práticas costumes literatura	Princípios Constitucionais abstratamente considerados Sem força normativa direta e dirigidos ao Legislador	Princípios Constitucionais abstratamente considerados Com força normativa direta e dirigidos a todos os operadores jurídicos
Comportamentos (ou condutas)	(aqui) Regras escritas e não-escritas	(aqui) Regras constitucionais Regras infraconstitucionais postas pelo legislador	(aqui) Regras constitucionais Regras infraconstitucionais postas pelo legislador Regras infraconstitucionais

			construídas pelo magistrado e demais operadores jurídicos
--	--	--	--

São extremamente numerosas e variadas as hipóteses de construções de regras de conduta realizadoras de valores importantes ou significativos para o convívio social. Destacam-se, na sequência, algumas possibilidades para efeito de exemplificação.

VALORES: saúde, segurança e sossego
REGRA: é proibida a emissão de ruído superior a 85 decibéis depois das 22 horas

Exemplo 1. A regra, nesse caso, consiste num dispositivo presente na legislação infraconstitucional.

VALORES: honra e imagem
REGRA: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo

Exemplo 2. A regra, na hipótese, consiste num dispositivo presente no próprio texto constitucional. Destaque-se que a decisão de veicular a regra diretamente na Constituição é soberana do Poder Constituinte Originário.

VALORES: família e moradia	VALORES: proteção do trabalhador

REGRA GERAL: O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida	REGRA EXCEÇÃO: Não prevalece a impenhorabilidade em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência
--	---

Exemplo 3. Temos, aqui, duas regras postas na legislação infraconstitucional. Uma delas funciona como norma geral e a outra como exceção em caso específico.

Esse último exemplo (exemplo 3) retrata uma situação de antinomia entre regras, ou seja, um conflito (aparente) entre dois comandos. São três os critérios de solução desses “impasses normativos”:

- a) hierárquico ... zzz
- b) cronológico ... zzz
- c) especialidade ... zzz (zzz NOTA - Bobbio)

O último exemplo (exemplo 3) também demonstra uma faceta importantíssima no trato dos valores. É frequente a realização de uma escolha (fixando uma preferência) por certos valores em detrimento de outros ao se formular uma regra a ser aplicada em determinada situação. Durante as fases dos constitucionalismos liberal e social, a referida escolha era monopólio do legislador. Atualmente, na nova fase do constitucionalismo, os vários operadores do direito, em especial o magistrado, também é chamado a realizar essas escolhas em circunstâncias muito peculiares como será visto adiante. A seleção de valores mais importantes e menos importantes marca o campo próprio da *ideologia*. Definir o valor que prevalece e o valor que cede espaço é a escolha *ideológica*. Nesse sentido, MARCO AURÉLIO GRECO pontua: “... o impasse diante do qual se encontra o intérprete não é um impasse meramente técnico, mas trata-se de um impasse ideológico (vista a ideologia como valoração de valores, e não como defesa de posturas políticas) que supõe uma definição quanto à maneira pela qual se concebe o Estado e seu relacionamento com os indivíduos”¹.

¹ Internet e Direito. São Paulo: Dialética, 2000. Pág. 94.

Também NORBERTO BOBBIO: “...”. HANS KELSEN ...

Como foi dito, o constitucionalismo atual apresenta uma novidade importantíssima na trilha de moldar comportamentos ou condutas, revolucionando as formas de pensar e aplicar o direito até então conhecidas e trabalhadas. Com efeito, ao admitir a força normativa dos princípios constitucionais suscita problemas singulares e de difícil equacionamento nos planos teórico e prático. Vejamos, sem pretensão de esgotamento das possibilidades, alguns dos principais desafios nessa seara.

Abrangência material ou substancial do princípio. Indaga-se, neste ponto, quais os atos ou procedimentos juridicamente compatíveis, ou não, com o princípio considerado. A indeterminação própria dos princípios, e a considerável subjetividade daí decorrente, permite identificar dois grupos de situações:

a) as “simples”. Nesses casos, é virtualmente consensual que a hipótese está abrangida, ou não, pelo princípio tratado. Vejamos um exemplo. Não parece que exista qualquer tipo de censura ao raciocínio de que a ciência, ao acusado, acerca da imputação negativa que recai sobre o mesmo está abrangida (ou realiza) o princípio da ampla defesa/contraditório.

PRINCÍPIO da ampla defesa/contraditório
Ciência da acusação ou imputação

b) as “complexas”. Nessas situações, existem raciocínios jurídicos consistentes que apontam tanto para a abrangência, como para a não-abrangência, da situação pelo princípio considerado. Aparentemente, na raiz dos caminhos percorridos pela argumentação e nas conclusões postas, encontram-se valores, com pesos diversos, sendo adotados. Um exemplo emblemático, gerador de duas súmulas em sentidos opostos, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), diz

respeito a obrigatoriedade, ou não, da presença de advogado em processos administrativos disciplinares.

PRINCÍPIO da ampla defesa/contraditório

Súmula n. 343 do Superior Tribunal de Justiça:
"É obrigatória a presença de advogado em todas as fases
do processo administrativo disciplinar".

Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal:
"A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar
não ofende a Constituição".

Contraposição entre o princípio e a regra constitucional. Nesses casos, a norma-princípio constitucional é excepcionada pela norma-regra também com status constitucional. Pelo princípio da unidade da Constituição, as duas definições convivem como comando geral e comando específico. Nesse sentido, a igualdade ou isonomia entre homens e mulheres é excepcionada quando a mulher pode obter aposentadoria com idade e tempo de contribuição inferiores. Registre-se, de passagem, que há fortes razões sociais para a fixação do tratamento desigual tendo como objetivo, em última instância, igualar.

PRINCÍPIO: igualdade ou isonomia (entre homens e mulheres)

REGRA: aposentadoria da mulher com idade e tempo de contribuição menores do que o homem

Contraposição entre o princípio e a regra infraconstitucional. Esses

são casos especialmente delicados em função da presença de um componente adicional de dificuldade: a relação de hierarquia entre as normas consideradas. Cogitam-se três possibilidades principais:

a) a norma-regra infraconstitucional fixa condições, requisitos ou limitações, notadamente para o exercício de um direito decorrente da norma-princípio. Aparentemente, de duas uma:

a.1) as condições, requisitos ou limitações são razoáveis ou estão assentados validamente em outros princípios. Nesse sentido, é razoável fixar em 15 (quinze) dias o prazo para fornecimento de certidões em repartições públicas.

PRINCÍPIO: publicidade/acesso à informação
REGRA: as certidões, nas repartições públicas, serão fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias

a.2) as condições, requisitos ou limitações não são razoáveis ou não estão fundados validamente em outros princípios. Aproveitando o último exemplo, não seria razoável condicionar o pleito pela emissão de certidões em repartições públicas a um procedimento de ratificação do pedido depois de transcorridos 30 (trinta) dias da data do pleito original.

PRINCÍPIO: publicidade/acesso à informação
REGRA: as certidões, nas repartições públicas, serão fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias desde que os pedidos originais sejam ratificados depois de transcorridos 30 (trinta) dias da data do pleito original.

b) a norma-regra infraconstitucional excepciona a norma-princípio constitucional e realiza, com essa exceção, outro ou outros princípios constitucionais. Trata-se de situação extremamente frequente num ordenamento jurídico conformado por um texto constitucional longo e abrangente de inúmeros e variados interesses e aspirações sociais. Nesse sentido, a norma-princípio da publicidade na Administração Pública pode, e deve, ser excepcionada por normas-regras infraconstitucionais em situações específicas para resguardo dos direitos à inviolabilidade da honra e da imagem. Assim, não devem ser divulgadas ou publicizadas as acusações ou apurações, em processos administrativos disciplinares não concluídos, acerca de supostos ilícitos imputados a servidores. Destaque-se que, nessa fase, não se sabe se são procedentes ou não as imputações realizadas.

<p style="text-align: center;">PRINCÍPIO da publicidade (art. 37, caput, da Constituição)</p>	<p style="text-align: center;">"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;" (art. 5o., inciso X, da Constituição)</p>
<p style="text-align: center;">REGRA: "São passíveis de classificação como confidenciais dados ou informações que, no interesse do Poder Executivo e das partes, devam ser de conhecimento restrito e cuja revelação não-autorizada possa frustrar seus objetivos ou acarretar dano à segurança da sociedade e do Estado" (Decreto n. 4553/2002, art. 5o., § 3º).</p>	

c) a norma-regra infraconstitucional excepciona a norma-princípio constitucional e não realiza, com essa exceção, nenhum outro princípio constitucional. Um emblemático exemplo dessa situação pode ser encontrado no rol de barbaridades que chegam ao conhecimento (e decisão) do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, várias unidades da Federação aprovaram leis que concedem pensões vitalícias e substanciais para ex-Governadores de Estado. Para a percepção da vantagem basta, em regra, a ocupação do posto maior no Executivo estadual por apenas e tão-somente um dia. Contra essa benesse com o dinheiro público podem ser opostos os princípios republicano, da

moralidade, da impessoalidade e da razoabilidade. Por outro lado, não se vislumbra nenhuma sustentação juridicamente válida para o privilégio típico da nobreza.

PRINCÍPIOS: republicano, moralidade, impessoalidade e razoabilidade
REGRA: o exercício do cargo de Governador de Estado, por qualquer intervalo de tempo, garante a percepção de pensão vitalícia, em valor mensal idêntico à retribuição paga, independentemente de denominação, ao Governador de Estado.

Conflito concreto (na solução de caso específico) entre princípios. A mais moderna doutrina jurídica sustenta, não sem resistências teóricas significativas, a existência dos chamados “casos difíceis” (*hard cases*) no panorama atual do constitucionalismo. Nesses casos, observa-se um conflito, numa situação concreta, com contornos fáticos próprios, entre direitos ou interesses de estatura constitucional. A rigor, mais de uma norma reclama aplicação sobre o mesmo conjunto fático apontando para soluções divergentes (inconciliáveis, em inúmeros casos).

(aqui) No tratamento jurídico-científico dessas instigantes hipóteses assumem especial relevo as considerações voltadas para demonstrar: a) uma dimensão de peso ou valor a ser emprestada para cada vetor (princípio) aplicável e b) a superação, no caso, e só no caso, do caráter *prima facie* dos princípios. Com efeito, os contornos fáticos concretos e os demais vetores jurídicos aplicáveis condicionam, limitam ou definem o(s) caminho(s) viável(is) a ser(em) seguido(s).

(aqui) Não se tem notícia da formulação de mecanismos detalhados ou precisos de equacionamento desse tipo de problema. Provavelmente, não será possível desenvolvê-los em função das características próprias da situação e da abertura da ordem jurídica para uma ampla gama de valores que permitem construir variadas e até antagônicas soluções. Apesar dessas dificuldades, são esboçadas algumas diretrizes para a tentativa de equacionamento do conflito. Esse esforço teórico e prático de solução dos

casos difíceis ganhou a denominação de *sopesamento* ou *ponderação*.

(aqui) LUÍS ROBERTO BARROSO aponta os traços básicos do processo denominado de *sopesamento* ou *ponderação*. São eles: ...

(aqui) Nessa seara, os exemplos são muitos e de várias matizes. Destacamos os seguintes:

Liberdade de imprensa (direitos de informar e ser informado)	Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra

Direito de fiscalização do patrimônio e rendimentos do contribuinte	Inviolabilidade da intimidade e da vida privada
Acesso aos dados bancários do contribuinte sem necessidade de intervenção judicial	

Direito à moradia	Direito à propriedade
Invasão de área urbana não-utilizada	

Construção de regra, pelo operador do direito (e não pelo

legislador), a partir de princípio.

Caso FGTS HIV

Não-aplicação de uma regra em caso específico em função de certos princípios.

Caso Thomaz

Conclusão

O direito na atualidade não é mais o mesmo. Não é pensado, nem aplicado, como se fazia até a primeira metade do século 20. A previsibilidade e a segurança de um mundo de regras razoavelmente claras e determinadas para comportamentos ou condutas já não são francamente predominantes. Novas categorias e novos problemas desafiam os juristas. Uma parte significativa da teorização e da tecnologia para lidar com o fenômeno jurídico atual ainda não foi posta. A maior parte dessa caminhada ainda está por ser feita. Que as dúvidas, os vazios e as perplexidades da incompletude atual sejam os combustíveis e os desafios a serem superados pelo novo direito em formação. Ele promete ser libertário e demonstra ter sede por justiça. Que assim seja!