

---

# *REGRAS E PRINCÍPIOS NO DIREITO*

## *BRASILEIRO*

---

*Fernando Rodrigues - Professor do Programa de Pós-graduação  
em Filosofia da UFRJ*

O presente texto busca tematizar a questão sobre se o Direito brasileiro, à luz da Constituição de 1988, deixa-se melhor compreender como consistindo de regras ou, além de regras, também de princípios. A relevância da questão está no fato de hoje em dia se fazer freqüentemente uma crítica a compreensões que vêem o Direito como consistindo apenas de regras.

Se a questão objeto do presente texto se referisse ao Direito americano ou inglês, o procedimento utilizado para respondê-la por parte de teóricos americanos ou ingleses consistiria, em geral, em atentar para as argumentações mobilizadas pelos operadores do direito e verificar se, além de regras, eles também se servem de princípios. Um exemplo desse tipo de estratégia pode ser identificado em R. Dworkin, quando ele tenta criticar a posição positivista. Segundo ele afirma em Modelo de Regras I<sup>1</sup>, sua

---

<sup>1</sup> 1967, p. 22.

estratégia para determinar o conceito de Direito consiste em atentar para o modo como os operadores do Direito raciocinam ou discutem quando eles atribuem direitos ou obrigações às partes. Ele tenta determinar os tipos de padrões a que recorrem os operadores do Direito nessas atribuições, concentrando-se sobretudo nos chamados casos difíceis<sup>2</sup>. Com base nesse procedimento, o autor chega à conclusão de que fazem parte do Direito, não apenas regras, mas padrões de outros tipos, como as políticas (*policies*) e os princípios. Determina-se então o conceito de Direito a partir do que é mobilizado nas argumentações jurídicas

No caso brasileiro, é usual proceder-se a uma crítica ao positivismo. O apelo que teorias como a de R. Dworkin possui para os teóricos do Direito pátrio é visível nas discussões atuais. É comum a afirmação de que o direito não consiste apenas de regras e de que a concepção positivista está dando lugar a uma visão pós-positivista no Direito brasileiro. No entanto, o procedimento de que se servem os doutrinadores brasileiros para chegar a essas conclusões parece divergir do procedimento de que se utiliza, por exemplo, R. Dworkin, tal como é visível na citação acima. Não é na argumentação jurídica envolvida na prestação jurisdicional ou nas argumentações dos patronos das partes que eles buscam identificar a natureza do Direito. Servem-se, antes, ou bem de um conceito de Direito que estaria acima dos Direitos pátrios ou bem da própria Constituição de 1988, identificando nesse documento subsídios para defender sua posição de que o Direito brasileiro não consiste apenas de regras, não podendo, portanto, ser concebido de modo positivista.

---

<sup>2</sup> O que se chama de caso difícil (*hard case*) é aquela situação que precisa ser decidida pelo magistrado, mas para a qual não parece haver uma regra jurídica que a solucione. A expressão é usada no contexto anglo-saxão, no entanto, muitas vezes para designar situações para as quais os magistrados dispõem de regras jurídicas bem determinadas, embora a aplicação dessas regras pareça levar a resultados inaceitáveis, o que faz com que vários magistrados afastem, para a decisão do conflito, essa regra, aplicando um outro padrão.

Dado que a Constituição Federal de 1988 faz uso recorrente do termo princípio e que ela é o documento mais eminente do ordenamento jurídico a que os demais documentos legais devem submeter-se, poder-se-ia pensar, já de início, que a Constituição determina que o Direito brasileiro consista não apenas de regras, mas também de princípios. Sendo assim, dever-se-ia dizer que, pela própria determinação constitucional, o Direito brasileiro tenderia a afastar-se de uma posição positivista.

No presente trabalho não será analisado o argumento segundo o qual haveria uma noção de Direito para além dos Direitos pátrios, noção esta que serviria para se dizer em que consiste o Direito, podendo ademais validar ou criticar os Direitos existentes. Será, antes, investigado até que ponto a Constituição de 1988 poderá servir para nos dar uma resposta à questão acima formulada, a saber: se o Direito brasileiro deve melhor ser compreendido como consistindo de regras ou como compreendendo, além de regras, também de princípios.

Para responder a essa questão geral serão dados os seguintes passos. Em primeiro lugar, considerar-se-á o uso feito pelo constituinte da palavra princípio. Essa questão se faz relevante porque parece que o constituinte não utilizou esse termo de modo unívoco no texto constitucional. Desse modo, deverão ser destacadas algumas ocorrências de uso do termo para se analisar o sentido em que o termo princípio está sendo utilizado em cada caso. Nesse contexto, serão também, de passagem, abordadas algumas ocorrências do termo regra presentes na Constituição. Esse primeiro passo consiste sobretudo em elencar algumas instâncias de uso da palavra princípio, ou, conforme o caso, da palavra regra, e mostrar o sentido dessas palavras nas ocorrências sob análise.

Um segundo passo consistirá em saber qual exatamente a diferença entre regra e princípio. Se a discussão sobre a qual versa

a questão central consiste em saber se, à luz da Constituição, o Direito brasileiro deve ser considerado como consistindo ou apenas de regras ou, além de regras, também de princípios, é preciso que se tenha claro o que se está entendendo neste estudo por regra e por princípio. A determinação desses dois conceitos será feita com base em R. Dworkin. Dois critérios clássicos para essa distinção entre regras e princípios serão, para tanto, mobilizados. Será aqui considerado o modo como esse pensador considera a distinção entre princípio e regra, já que na literatura usual sobre o tema é freqüente a recorrência a seus textos.

Enfim, deve ser dado um terceiro passo. Voltando-se ao texto constitucional, perguntar-se-á, então, se o sentido do termo princípio tal como presente na Constituição pode ser aproximado do uso que a palavra possui no debate corrente em que posições teóricas antagônicas afirmam, por um lado, que o Direito se determina por meras regras e, por outro, que também princípios têm de ser mobilizados ao se analisar o que é o Direito. Essa investigação sobre se o que se entende por princípio no texto constitucional mostrará que, pelo menos em parte, o constituinte não compreendia a noção de princípio nos mesmos moldes em que alguns autores anglo-saxões a entendem. Esse passo é importante para que se obtenha clareza conceitual ao se traçarem distinções semânticas, evitando, desse modo, confusões conceituais.

A relevância da presente investigação está no fato de, por um lado, a questão central mencionada acima ser freqüentemente abordada pela doutrina brasileira, sobretudo pelos constitucionalistas, os quais, não raro, lançam mão, para analisar o problema, de teóricos como R. Dworkin. Por outro lado, no entanto, os teóricos pátrios não se perguntam de que modo o termo princípio está sendo utilizado pela doutrina anglo-saxã e pelo constituinte brasileiro. Ao se deixar de lado tal questão, pode-se chegar a

equivocos, pois a utilização da palavra princípio talvez não esteja sendo usada de modo não unívoco nos diversos contextos.

## I

O texto constitucional menciona reiteradamente a palavra “princípio”<sup>3</sup>. O Direito brasileiro, à luz da Constituição, consistiria não apenas de regras positivadas, mas também de princípios cuja aplicação a casos concretos parece exigir um tipo de raciocínio diferente da aplicação de meras regras. A questão que aqui se coloca é em que esses princípios consistem, o que o constituinte tem em vista quando se refere a princípios.

Deve-se começar por chamar a atenção para duas características. Em primeiro lugar, os princípios que compõem o Direito brasileiro são explicitados no texto constitucional. Quando o aplicador do Direito a casos concretos interpretar esses casos à luz de princípios, ele, em geral, estará referindo-se a princípios que se encontram positivados no texto constitucional, e não a princípios que estariam para além das normas positivadas do Direito. Ainda que esses princípios possam vir a fazer parte da estrutura moral da sociedade brasileira, quando a eles se recorre no âmbito jurídico, a justificativa para deles se utilizar está, antes, no fato de eles pertencerem explicitamente ao Direito brasileiro positivado. Não se pode, desse modo, pelos menos com relação aos princípios constitucionais identificáveis na Constituição, dizer que eles estão para além do Direito positivado. Eles são, antes, elementos componentes do Direito brasileiro positivado.

---

<sup>3</sup> Para mencionar apenas as três primeiras ocorrências: o Título I chama-se “Dos Princípios Fundamentais”; o art. 4º serve-se do termo para elencar os princípios pelos quais o Brasil pauta suas relações com outros Estados; no § 2º do art 5º volta a ocorrer a mesma expressão: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

A segunda observação diz respeito ao fato de algumas vezes a palavra princípio ser utilizada no sentido que, usualmente, seria cabível à palavra regra. Qualquer palavra, mesmo aquelas que têm um uso técnico, pode ser utilizada em diferentes acepções. Não existe um uso correto de uma dada expressão, não se podendo, portanto, criticar, alguém por usar a mesma palavra em diversos sentidos. É, no entanto, essencial que, quando vier a ocorrer a diversidade de significados de um mesmo termo, tanto aquele que emprega o termo quanto o receptor a quem o discurso em que ocorre o termo é endereçado tenham sempre clareza do sentido em que ele é usado. O problema aqui não é a diversidade de usos, mas a falta de consciência de que essa diversidade está presente.

Ambas as observações ficarão mais claras no que se segue.

Não raro o constituinte qualifica princípio como “estabelecido”, “adotado” ou “indicado” quer pela própria Constituição, quer pela União, quer por Constituições Estaduais: art. 5º, § 2º: “princípios por ela [sc. pela Constituição] adotados”; art. 21, XXI: “[Compete à União] estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação”; art. 29, *caput*: “atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição”; art. 32, *caput*: “atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição”; art. 34, IV: “[O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:] IV - o Tribunal de Justiça der provimento à representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial”.

O fato de os princípios serem estabelecidos, adotados ou indicados na Constituição mostra que, quaisquer que sejam os princípios, eles são explicitados no texto constitucional. Se se quiser saber se um dado princípio faz parte do Direito Brasileiro, ou melhor,

se é respaldado pela Constituição de 1988, parece ser suficiente recorrer ao próprio texto constitucional. Aqui parece já se encontrarem algumas diferenças entre, por exemplo, o Direito norte-americano e o Direito brasileiro. Para se determinar se certos princípios pertencem ou não ao Direito norte-americano, não parece ser suficiente recorrer ao texto constitucional. No que concerne ao caso brasileiro, o próprio texto constitucional é, se não sempre, pelo menos em muitos casos, suficiente para se decidir se um dado princípio faz parte ou não do Direito brasileiro.

Desse modo, não há dúvidas de que (1) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, (2) a autodeterminação dos povos, (3) o fato de toda atividade nuclear em território nacional somente ser admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional, para citar apenas alguns exemplos, são princípios do Direito brasileiro, já que estão explícitos no texto constitucional.

A Constituição brasileira, ao contrário, por exemplo, da americana, é extremamente analítica, sendo detalhada em excesso, segundo alguns doutrinadores observavam de modo crítico. Contém, além dos princípios que estruturam o Estado brasileiro e dos direitos individuais, várias outras normas que não têm cunho constitucional. Um exemplo desse tipo de norma, mencionado recorrentemente nos livros sobre Direito Constitucional é o §2º do art. 242, que determina que o Colégio Pedro II será mantido na órbita federal. Com o detalhamento presente no texto constitucional não é de se espantar que haja vários princípios explicitados, positivados, na Constituição. Ao invés de dizer que esses princípios são positivados, no entanto, é dito que são “estabelecidos”, “adotados” ou “indicados”.

Alem de utilizar várias vezes a palavra princípio, a Constituição brasileira refere-se, algumas vezes, ao termo “regra”. O art. 29, II, e

o art. 32, § 2º, referem-se às regras presentes no art. 77, o qual traz determinações sobre a eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República. A palavra princípio, contudo, possui, comparativamente, um número muito maior de ocorrências. Deve-se, no entanto, observar que alguns usos do termo princípio feitos pelo constituinte parecem indicar que o termo mais adequado para o caso seria regra e não princípio. Observem-se alguns exemplos.

O art. 127, § 1º, estabelece como princípios do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Igualmente o Capítulo I do Título VII (“Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”) determina princípios pelos quais tem de se pautar a atividade econômica, dentre os quais estão: a soberania nacional; a propriedade privada; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente. Nesses casos, parece que se está usando o termo princípio em seu uso próprio. É comum falar de princípio da indivisibilidade, de princípio da independência funcional, de princípio da soberania nacional. Em todos esses casos, parece adequada a escolha do termo princípio. Os princípios a que se referem esses dispositivos constitucionais parecem exprimir certos valores aceitos pelo constituinte como devendo estar presentes na estruturação do Ministério Público ou no desempenho da atividade econômica.

A adequação da palavra princípio parece, no entanto, ser questionável em outras instâncias. O *caput* do art. 93 refere-se a princípios que devem ser obedecidos pela Lei Complementar que disponha sobre o Estatuto da Magistratura. Dentre esses princípios estão o fato de o ingresso na carreira da magistratura ser feito mediante concurso público de provas e títulos; o fato de o acesso aos tribunais de segundo grau fazer-se por antigüidade e merecimento; o fato de o juiz titular dever residir na respectiva

comarca. Também a Seção I do Capítulo I do Título VI (Dos Princípios Gerais) estabelece os princípios gerais do sistema tributário nacional. Os artigos que estão no interior dessa seção (de 145 a 149-A) determinam algumas condições de competência e de procedimento para a instituição de tributos. Tanto no caso do art. 93 quanto no dos arts. 145-149-A, o que se tem são, na verdade, regras bem definidas a serem preenchidas. Por que razão o constituinte chama essas regras de princípios? Parece que o termo princípio está sendo usado nesses casos de modo impróprio. Não se trata aqui de uma norma que incorpora um valor, mas sim de uma determinação que deve ser cumprida quando o agente público realiza determinados atos.

É determinável de modo claro, sem que dúvidas parem, se se cumprem ou não os requisitos estabelecidos pelo art. 93, *caput*, e pelos arts. 145-149-A. O raciocínio empregado para se determinar se, nesses casos, houve ou não o cumprimento do disposto pela Constituição é simples e direto. Já no caso dos princípios que estabelecem a propriedade privada, a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente, a situação parece ser diferente. Trata-se aqui não tanto de regras bem precisas de tal modo que, em todos os casos concretos, se possa dizer, sem hesitações, se uma determinada prática está ou não em acordo com esses princípios. Pode haver dúvidas se determinadas decisões ou determinados cursos de ação estão ou não em conformidade com os objetivos e os valores incorporados por esses princípios. O raciocínio mobilizado para se aplicarem esses princípios a casos concretos parece ser bem mais complicado do que ocorre no caso dos artigos 93, *caput*, e 145-149.

Mas em que consistiria exatamente a diferença entre um e outro caso? A distinção conceitual entre regras e princípios servirá para responder a essa questão.

Para que se tenha clareza sobre o sentido em que os termos princípio e regra estão sendo utilizados pelo constituinte e para que se possa avaliar a propriedade ou falta de propriedade do uso da palavra “princípio” em algumas de suas ocorrências no texto constitucional, faz-se necessária uma precisão sobre esses termos. Conforme já foi observado acima, não se quer dizer com isso que uma palavra traga em si o seu sentido correto. O que, no entanto, é indispensável é que se tenha clareza sobre o seu sentido. Para tentar obter uma precisão sobre os termos remeter-se-á à distinção entre regras e princípios presente em alguns textos de R. Dworkin. Como contraponto ao texto de R. Dworkin, será utilizado o texto de H.L.A. Hart, a que Dworkin freqüentemente se refere para mencionar uma posição que bem analisa a noção de regra, apesar de determinar incompletamente, na visão de Dworkin, em que consistiria o Direito.

## II

Desde os anos 60 do século passado, discute-se sobre os conceitos que melhor descrevem o que se chama de Direito. Para alguns, a noção de regra seria suficiente para determinar o Direito; para outros, além das regras, seria necessário lançar mão também de princípios. Essa discussão possui, no mundo anglo-saxão, dois protagonistas: H. L. A. Hart e R. Dworkin. O primeiro defende a posição segundo a qual o Direito nas sociedades modernas deixa-se determinar por dois tipos de regra; o segundo mantém que, além de regras, princípios também fariam parte do que se considera como Direito<sup>4</sup>. Ambos pretendem elucidar o Direito voltando-se para o modo como o cidadão se depara com o Direito e para o

---

<sup>4</sup> Os textos *O Conceito de Direito*, de H. L. A. Hart, e “Modelo de Regras I”, de R. Dworkin, podem ser tomados como um dos pontos de partida dessa discussão.

procedimento envolvido na prestação jurisdicional por parte dos magistrados, ainda que R. Dworkin pareça estar mais interessado na determinação do Direito a partir do modo como o magistrado estaria considerando casos concretos. Considerando o Direito a partir dessas situações práticas, surgiu a pergunta sobre se ele pode ser determinado a partir de meras regras ou se é necessário que se lance mão também de princípios para poder determiná-lo.

Em seu artigo Modelo de Regras I, Dworkin mantém que os operadores do direito, nas argumentações jurídicas, servem-se, além de regras, também de princípios e políticas (*policies*)<sup>5</sup>. Mas o que exatamente o autor entende nesse contexto por regras, princípios e políticas? O que, à primeira vista, parece claro no texto de Dworkin é que as regras são padrões de avaliação jurídica baseados em alguma fonte que uma dada comunidade considera como sendo o critério para se decidir o que pertence e o que não pertence ao Direito. Os princípios são padrões deontológicos baseados em certos valores morais assumidos pela comunidade. Esses padrões não são admitidos pela comunidade por preencherem os critérios que admitem uma norma como sendo jurídica. As políticas, enfim, são padrões consequencialistas a que se recorre para decidir quando se levam em conta as consequências que podem ser produzidas por uma consequência jurídica. No que se segue, não serão investigados as políticas, já que elas não dizem respeito à questão geral deste estudo. Concentrar-se-á aqui, antes, nos conceitos de regra e de princípio.

Dworkin menciona duas características distintivas entre regras e princípios. Uma primeira marca que serve para contrastar regras e princípios consiste no fato de regras serem aplicáveis a casos concretos “na maneira do tudo ou nada” (*in an all-or-nothing fashion*), enquanto princípios podem ser aplicados de modo gradual

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 22.

a casos concretos. Essa diferença é chamada, por Dworkin, de diferença lógica<sup>6</sup>. A segunda marca distintiva, decorrente da primeira, diz respeito ao fato de que, ao contrário das regras, os princípios terem um peso, uma relevância<sup>7</sup>. Esse duplo critério distintivo será descrito em maior detalhe a seguir. Para Dworkin, o modelo juspositivista de compreensão dos sistemas jurídicos considera que nos sistemas jurídicos dos Estados modernos são utilizadas, para a decisão de casos com base no Direito, apenas regras. É contra essa posição que Dworkin pretende voltar-se, mostrando que, além das regras, são frequentemente aplicados princípios na aplicação do Direito a casos concretos.

O fato de regras e princípios diferenciarem-se a partir dessas duas características faz com que o raciocínio mobilizado em um caso e em outro seja bem diferente. No caso das regras, pode-se facilmente determinar a verdade ou, conforme o caso, a falsidade de uma proposição do tipo “Determinar que João pague tributo de R\$ 300,00 é Direito”. Basta para tanto observar se João realizou o fato gerador e se não existem condições extintivas, interruptivas ou suspensivas aplicáveis ao caso. Ou bem João preenche os requisitos que lhe obrigam a pagar o tributo, ou bem não os preenchem. Não há muito o que se raciocinar nesse caso. Já no caso de uma proposição do tipo “Determinar a paralisação e derrubada de uma dada usina nuclear é Direito”, não é tão fácil determinar a verdade ou a falsidade da mesma. Até que ponto princípios relativos ao meio ambiente fariam a favor do determinado pela referida proposição e até que ponto, por exemplo, princípios voltados para a emancipação nacional fariam contra, não é algo que se poder determinar de modo simples. Há que se mobilizar um outro tipo de raciocínio, um raciocínio que lance mão de um procedimento interpretativo que estaria ausente do primeiro caso.

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 24s.

<sup>7</sup> Ibid., p. 26s.

Com relação às regras, o exemplo mais conhecido da descrição do Direito com base apenas em regras encontra-se em H.L.A. Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*. O autor considera que o Direito pode ser descrito a partir de dois tipos de regras<sup>8</sup>. As de primeiro e as de segundo grau. As primeiras estabelecem direitos e obrigações a serem atribuídos aos indivíduos quando eles se encontram em uma dada relação jurídica. As segundas surgem para responder a alguns problemas que surgem quando da aplicação das primeiras.

Um primeiro problema surge pelo fato de que em muitas situações não se tem clareza sobre se uma dada norma pertence ou não ao sistema jurídico de uma comunidade. Essa incerteza poderia levar a uma situação de insegurança<sup>9</sup>. Em uma certa comunidade poder-se-ia ter dúvida sobre se uma dada regra que determina que se levante o chapéu para as autoridades estabelecidas nessa comunidade é ou não uma regra que pertença ao Direito dessa comunidade. Para alguns membros, ela faria parte do sistema jurídico adotado; para outros, ela não pertenceria a esse sistema. Como decidir? É para resolver esse tipo de problema e evitar a insegurança jurídica que as sociedades modernas, na visão de H.L.A. Hart, possuem um outro tipo de regra, uma regra de reconhecimento<sup>10</sup>.

Um segundo problema diz respeito ao fato de que muitas vezes é necessário serem introduzidas mudanças no sistema jurídico, sem que se possa esperar que as regras sigam um longo processo de mudança que se prolonga no tempo para serem alteradas<sup>11</sup>. Caso só houvesse regras de primeiro grau e essas demorassem muito a se modificar ao longo do tempo, deixar-se-ia

---

<sup>8</sup> A explicitação de que o Direito consiste da união de regras primárias e regras secundárias é feita no capítulo V de seu livro.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 92.

de atender às novas necessidades que surgem com o tempo. Para resolver esse problema, são estabelecidas regras de segundo grau que determinam como as regras de primeiro grau devem ser alteradas para fazer face às novas situações que surgem com o passar do tempo<sup>12</sup>.

Um outro tipo de problema concerne à eficácia das regras de primeiro grau<sup>13</sup>. A mera pressão social não é, nas sociedades modernas, um fator de motivação que leva as pessoas a agir em acordo com aquelas regras. Se algumas autoridades não detivessem algum poder para fazer com que as regras de primeiro grau fossem seguidas, elas careceriam de eficácia. Daí a existência de regras de segundo grau cuja função é conceder a alguns membros da sociedade o poder de fazer valer as regras de primeiro grau<sup>14</sup>.

Para as discussões sobre se o Direito se determina por regras apenas ou também por princípios, é essencial que se investiga a primeira regra de segundo grau mencionada acima, a saber: a regra de reconhecimento. É ela que vai determinar se algo é ou não Direito.

A regra de reconhecimento é o critério pelo qual se determina se uma norma pertence ou não a um dado sistema jurídico. Na literatura secundária sobre teoria jurídica, diz-se que essa regra exprime a fonte do Direito. Graças à fonte, pode-se determinar se, dada uma certa norma, ela pertence ou não a um sistema jurídico. Em muitos casos, no entanto, quando se trata de decidir, com base no Direito, um caso concreto, não se encontra nenhuma norma que, tendo passado pelo teste da fonte, sirva para decidir esse caso. Trata-se de uma situação em que o magistrado teria, na visão dos juspositivistas, de lançar mão de um poder discricionário, i.e. ele decidiria o caso sem seguir nenhuma regra do sistema jurídico, pois

---

<sup>12</sup> Ibid., p. 95.

<sup>13</sup> Ibid., p. 93.

<sup>14</sup> Ibid., p. 96.

nenhuma regra que fosse aceita pela regra de reconhecimento poderia decidir o caso sob análise.

Esse modo de descrição do sistema jurídico não exclui, de antemão, que critérios morais sejam mobilizados pelo Direito. É possível que a regra de reconhecimento determine que os critérios pelos quais serão aceitas as regras de primeiro grau são critérios morais. No entanto, não é pelo fato de as regras serem morais que elas pertencem ao sistema jurídico, mas pelo fato de a regra de reconhecimento ter estabelecido o caráter moral de uma regra como critério. O que conta, em última instância, é sempre a regra de reconhecimento. Os teóricos jurídicos que aceitarem que a norma de reconhecimento possa abarcar critérios morais na determinação do que é Direito são chamados de positivistas inclusivistas.

Diante dessa descrição do Direito como consistindo de regras, Dworkin chama a atenção para o fato de que, não raro, os magistrados decidem não com base em regras, mas com base em algum outro tipo de padrão, que ele chama de princípio. Não são regras que passaram pelo teste da regra de reconhecimento que, em todos os casos trazidos ao Judiciário, seriam aplicadas para a solução desses casos. Há casos para os quais não se dispõe de uma tal regra. Há casos, ainda, que, embora possam ser decididos com base na aplicação de regras do Direito, são decididos com base em outros padrões, sendo que, para esses casos, havia alguma regra do sistema que permitiria a decisão. Nessa situação, a decisão com base nos chamados princípios é oposta à decisão que seria dada caso o magistrado lançasse mão de regras. Dworkin dá alguns exemplos de cortes americanas para validar sua posição. Trata-se aqui de casos chamados difíceis.

A argumentação de Dworkin parece muitas vezes pautar-se pelos casos difíceis. A expressão “casos difíceis” (*hard cases*) parece,

às vezes, designar casos para os quais não há nenhuma norma jurídica aplicável. Por outro lado, nos exemplos dados por Dworkin desse tipo de caso, trata-se, antes, de casos em que, apesar de haver uma regra do sistema que permitiria a solução do mesmo, o magistrado, levando em consideração critérios outros que não apenas a aplicação da norma jurídica, descarta esta última e segue os outros critérios, em geral critérios morais. Deve-se observar que nem sempre são critérios morais os padrões utilizados; não raro critérios de caráter mais consequencialista podem também ser empregados, como no caso de negar-se provimento a um recurso contra a Fazenda Federal pelo fato de, caso o recurso tivesse o provimento pleiteado, a União acabaria tendo problemas sérios para o equilíbrio de suas finanças.

A consequência, para uma determinação do Direito, é que não se pode mais descrevê-lo com base apenas em regras respaldadas por uma fonte. Além das regras, pertencem ao Direito princípios, de cunho em geral moral. Além disso, não haveria, de acordo com Dworkin, situações em que o Direito estabelecido não se aplicaria. Quando não houver regras aplicáveis a uma situação concreta, há sem dúvida princípios que permitirão resolver o caso em questão. Sendo assim, não há espaço para o poder discricionário do magistrado. Este está sempre vinculado, quer a regras, quer a princípios. A decisão sem recorrer a regras está baseada em princípios, os, por sua vez, também vinculam o raciocínio do magistrado.

A descrição do Direito como abarcando regras e princípios consiste em que, ao decidirem casos concretos, os magistrados lançam mão não apenas de regras que se aplicam do modo “tudo ou nada”, mas de princípios que podem ser aplicados de modo gradual a uma dada situação. Será a importância e o peso que esses princípios relativamente a uma dada situação que fará com que eles sejam aplicados de modo mais ou menos completo. É necessário que se

sopesem os princípios relativamente a um caso concreto, aplicando o mais adequado, sem que, contudo, se deixe um outro princípio que também poderia decidir o caso em tela totalmente de lado.

Retomando a definição inicial, pode-se dizer que princípios são padrões mobilizados nas decisões jurídicas que não passaram por um teste de uma regra de reconhecimento, que não foram abalizados por uma fonte. Eles pertencem, antes, à moral de uma sociedade. Ainda assim, eles pertencem ao Direito. Além disso, os princípios, ao contrário das regras, podem aplicar-se de modo gradual a um caso concreto. Enfim, a aplicação de princípios a casos concretos dá-se pela consideração da relevância que possuem para esses casos.

Como descrever o raciocínio envolvido na aplicação dos princípios é uma das questões relevantes da descrição de raciocínios práticos. A isso Dworkin dedica-se em vários textos em que mostra como o juiz raciocina ao aplicar o Direito.

O próximo passo, a seguir, consistirá em verificar até que ponto o uso do termo princípio na Constituição coincide com essa noção de princípio.

### III

As discussões do item anterior mostraram que os princípios, além de aplicarem-se de modo gradual e de terem um peso, o que os diferencia das regras, não estão em geral positivados, já que a eles não se aplica a regra de reconhecimento. Se eles pertencem ao sistema jurídico de uma comunidade, não é pelo fato de terem passado pelo critério da regra de reconhecimento. Isto é: ao contrário do que pensam os positivistas, não é a partir da regra de

segundo grau que todas as normas jurídicas passam a pertencer a um dado sistema jurídico.

Se se pergunta, agora, o que corresponderia à regra de segundo grau no Direito brasileiro, poder-se-ia responder que, pelo menos após a Constituição de 1988, funcionam como critérios de determinação do Direito pátrio, em primeiro lugar, a recepionalidade daquelas normas que, anteriores à Constituição, foram, no entanto, aceitas por esta, pois não entravam em choque conteudístico com o que prevê a Constituição; além disso, são também, em segundo lugar, critérios de determinação de normas jurídicas, em nosso Direito, os procedimentos determinados pela Constituição para que leis sejam produzidas (as regras do processo legislativo) e os dispositivos constitucionais que impedem que certos conteúdos sejam objetos de tratamento por normas jurídicas (as cláusulas pétreas). Esses dois critérios, o da recepionalidade de normas anteriores e o critério para a produção de normas novas, formariam as regras de reconhecimento do Direito brasileiro. Eles não servem apenas para a determinação das leis, ordinárias ou complementares, que formariam o ordenamento jurídico pátrio, mas também para a decidir, com relação aos demais atos normativos, se eles integram ou não o Direito pátrio. Os diplomas legais que passam por esses dois critérios, isto é: que passam pela regra de reconhecimento do Direito pátrio, constituiriam as regras de primeiro grau do Direito brasileiro.

A questão que se deve colocar agora é se, além dos critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento, ou regra de segundo grau, existem outros padrões de que os magistrados lançam mão ao realizarem a prestação jurisdicional. Esse foi exatamente o procedimento de que se serviu Dworkin quando, na polêmica com Hart, determinou que Direito não pode consistir apenas de regras.

No caso brasileiro, a situação parece ser um pouco diferente da situação americana, pelo fato, já acima mencionado, de que a própria Constituição recorrentemente estabelece princípios como sendo os padrões a que se deve, em certas situações, recorrer. Por ser a Constituição de 88 analítica, ela positivou várias normas que chamou de princípios. Princípios nesse caso não seriam regras que não pertenceriam de modo positivado ao sistema jurídico. Eles estão, ao contrário, positivados no documento jurídico mais eminente do país, que é a Constituição. Além disso, mesmo antes da Constituição de 88, já encontravam-se, no ordenamento jurídico brasileiro, regras (de segundo grau) que determinam que se recorresse a princípios quando da prestação jurisdicional, caso esta não dispusesse de normas positivadas para fornecer uma decisão a um caso levado ao Poder Judiciário. Essas regras estão presentes no art. 4º do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil) e no art. 126 da Lei 5.869/1973 (Código de Processo Civil). Em ambos os dispositivos, determina-se que, no caso de a lei ser omissa ou, o que equivale ao mesmo, no caso de não haver normas legais, o juiz recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. No mesmo sentido, pode-se ainda mencionar o art. 335 do Código de Processo Civil, que determina que o juiz, em falta de normas jurídicas particulares, deixar-se-á guiar por regras de experiência comum e regras de experiência técnica. Para a discussão deste trabalho, o que importa do art. 4º da LICC e do art. 126 do CPC é que, em ambos os casos, é a norma jurídica que determina a aplicação dos princípios. Desse modo, já mesmo antes de 1988, princípios compunham o Direito brasileiro.

Retornando-se à questão inicial se, no caso do Direito brasileiro, este determina-se com base em apenas regras ou também com base em princípios, parece que existe aqui a situação peculiar de que certas regras que dizem em que consiste o Direito (isto é: certas regras de segundo grau) exigem que princípios sejam aplicados.

A partir dessas considerações, se se considera que, ao contrário das regras, os princípios não seriam positivados, pertencendo, antes, à estrutura moral de uma sociedade, sem que essa estrutura seja reconhecida como jurídica, não se pode dizer que no Direito brasileiro estão presentes princípios. No entanto, a própria Constituição determina que se apliquem princípios.

Mas há um outro fator que melhor determina o que são princípios, contrapondo-os a regras. Trata-se dos dois critérios já mencionados: a aplicação dos princípios a casos concretos é gradual; e os princípios têm um peso de importância. Com relação a essas distinções não importa se o princípio está ou não positivado em diplomas jurídicos.

Se se segue o disposto no texto constitucional, depara-se com vários dispositivos que têm de ser aplicados de modo gradual, sendo que essa aplicação deve levar em consideração o peso que os princípios têm, i.e. a relevância que possuem para aquela situação determinada. Muitas vezes, ao se considerar um dado caso concreto, podem-se a ele aplicar dois (ou até mais) princípios. Nessas situações, pode-se (e deve-se) tentar aplicar um princípio sem que se exclua totalmente a aplicação de outro(s). Um exemplo clássico é o caso de certas manifestações religiosas que, por exprimirem-se de modo sonoramente alto, acabam por violar o direito de descanso de pessoas que habitam nos arredores do local onde a manifestação se realiza. Uma análise apressada desse caso poderia sugerir que ou bem se deve permitir a manifestação religiosa, em cumprimento do art. 5º, VI, da Constituição, ou bem deve resguardar o direito de vizinhança, previsto no art. 1277 da Lei 10.406 (Código Civil), que garante que se faça cessar interferência prejudicial ao sossego provocada pela utilização de propriedade vizinha. Dado que o direito ao sossego pode ser visto como pertencente à dignidade da pessoa humana, pode dizer que

também ele tem sede constitucional. Desse modo, entre ferir um direito, o direito à livre manifestação religiosa, e ferir outro direito, o direito à uma vida digna, parece que o melhor procedimento seria não o de fazer valer um a despeito do outro, mas sim o de tentar fazer valer os dois, mas de modo gradual. Essa solução poderia equivaler, no caso do exemplo mencionado, a se restringir a manifestação religiosa a horários condizentes com o descanso dos habitantes nas vizinhanças dessa manifestação. Haveria uma aplicação gradual dos princípios e uma consideração da importância, do peso, que eles possuem.

Vê-se, então, que princípios, tal como definidos a partir dos critérios acima indicados por R. Dworkin, compõem o Direito brasileiro. O problema é que, no caso brasileiro, são regras jurídicas que determinam que esses princípios sejam aplicados. Parece que aqui, ao contrário do que ocorre no caso americano, as próprias regras de segundo grau determinariam a aplicação de princípios pelos magistrados. Há positivistas jurídicos que admitem que regras morais façam parte do sistema jurídico de um país, desde que haja uma regra de segundo grau que assim determine. Eles são chamados de positivistas inclusivistas<sup>15</sup>. Sua definição de Direito pautar-se-ia por uma regra de segundo grau ou regra de reconhecimento (ou mesmo, como às vezes se formula, por uma fonte); no entanto, essa regra admite que o Direito consista também de normas morais. Se se considera que princípios compõem o Direito brasileiro porque regras jurídicas determinam nesse sentido, então poder-se-ia, a partir de uma posição positivista inclusivista, dizer que o Direito brasileiro determina-se, originalmente, apenas por regras de reconhecimento, havendo, no entanto, regras de reconhecimento que determinam a aplicação de princípios.

---

<sup>15</sup> O conceito é usado por W. J. Waluchow em *Inclusive Legal Positivism*.

#### IV

Como considerações finais, será indicado o que se pode dizer acerca do poder discricionário do magistrado se se considera que o Direito brasileiro, sobretudo o sistema jurídico posterior à Constituição de 1988, inclui além de regras, também princípios, embora o que determine a aplicação de princípios seja, ele próprio, uma regra.

Conforme dito acima, a existência da discricionariedade do magistrado defendida pelos positivistas jurídicos com base em dois elementos: em primeiro lugar, o Direito não é completo, havendo situações jurídicas que exigem um posicionamento, uma solução, por parte do Estado, para as quais, no entanto, não há norma legal para tanto; em segundo lugar, cabe ao Estado, decidir mesmo esses para os quais não há norma aplicável. Isso faria com que o magistrado tivesse de lançar mão de um poder discricionário para decidir.

R. Dworkin afirma a inexistência da incompletude do Direito pelo fato de, sempre, haver algum princípio que possa ser mobilizado para a solução de casos concretos. Em certas situações ocorreria que, mesmo havendo regras para a solução de certos casos, essas seriam afastadas em nome de princípios.

Se se admite que a melhor maneira de se descrever a estrutura do Direito brasileiro seria com base em uma posição positivista inclusivista, então pode-se dizer, em conformidade com a posição dworkiana, que, dado que princípios compõem o Direito brasileiro, sempre haverá um modo jurídico para a solução de casos trazidos ao Judiciário. Isso levaria a que não se pudesse falar de poder discricionário propriamente dito, no sentido de que o juiz decidiria com base em critérios outros que não os jurídicos. Entretanto, a inexistência da discricionariedade não significa que se deixou de assumir uma posição positivista para a descrição do Direito, mas,

antes, que se admitiu que são apenas regras de reconhecimento que determinam o que é o Direito e que uma dessas regras dispõe que princípios sejam mobilizados na prestação jurisdicional. O sistema jurídico brasileiro, descrito a partir da perspectiva positivista inclusivista, incluiria princípios jurídicos e eliminaria (ou minimizaria), desse modo, o papel do poder discricionário dos juízes.

#### REFERÊNCIAS:

- DWORKIN, R. (1967): "The Model of Rules I", in: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres 1987
- DWORKIN, R. (1986): *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1993
- HART, H. L. A. (1961): *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1994<sup>2</sup>
- MacCORMICK, N.: (1981): *H. L. A. Hart*, Stanford University Press, Stanford 1981