

SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS¹**ABOUT PRINCIPLES AND RULES****SOBRE PRINCIPIOS Y REGLAS**

Manuel Atienza²
Juan Ruiz Manero³

Resumo: O presente texto pretende apresentar como se desenvolveu o debate acerca da distinção entre princípios e regras na Teoria do Direito contemporâneo. O que se propõe é tratar de dar uma resposta a algumas das perguntas fundamentais que suscitam os princípios no Direito: em primeiro lugar, que traços estruturais diferenciam os princípios das regras; em segundo lugar, que tipo de razões para a ação são os princípios e em que se diferenciam a esse respeito das regras; em terceiro lugar, no que contribuem os princípios à explicação e à justificativa no âmbito jurídico.

Palavras-chave: Teoria do Direito. Argumentação Jurídica. Princípios e Regras.

Abstract: This document is presented as a recent debate on the theory of the Right of the Right. The point is to try to give an answer to some of the fundamental tasks that the essence of the rules; secondly, what kind of reasons for action are the principles that differentiate rules from rules; thirdly, with regard to explanation and justification in the legal sphere.

Keywords: Theory of Law. Legal Argumentation. Principles and Rules.

1. Introdução

Um dos temas mais discutidos na teoria do Direito das duas últimas décadas é, sem dúvida nenhuma, o dos princípios. O debate – como todo o mundo sabe – se inicia com um trabalho de Dworkin de 1967 (Dworkin, 1978), ainda que os “princípios jurídicos” (ou os “princípios gerais do Direito”) sejam velhos conhecidos (mesmo que talvez não mais que *conhecidos*) dos juristas. O Código Civil austríaco de 1811 já falava sobre os *princípios gerais do Direito*, e continuaram falando deles desde então – entre muitos outros textos

¹ Tradução de Renata Quinaud Pedron e de Flávio Quinaud Pedron. Revisão de Emílio Peluso Neder Meyer. Artigo originalmente publicado na revista *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*, nº10 (1991), pp. 101-120.

² Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (Espanha).

³ Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (Espanha).

legislativos – o Código Civil italiano de 1865, o espanhol de 1889 e o art. 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça de Haya; nos trabalhos de dogmática jurídica e nas decisões jurisprudenciais, a referência aos princípios é, pode-se dizer, um lugar comum; e a reflexão sobre os mesmos não esteve também ausente da teoria ou Filosofia do Direito anterior a Dworkin (cfr., por exemplo, Del Vecchio, 1958; Esser, 1956; Bobbio, 1966). Se, apesar deste último, a posição de Dworkin foi considerada em geral como inovadora, isto parece decorrer (deixando de lado os méritos intrínsecos de sua obra) de seu propósito de se opor à concepção dominante na teoria do Direito do momento e que ele identifica, corretamente, com a obra de H. L. A. Hart.

Nós consideramos, por certo, que em uma boa medida o ataque de Dworkin erra o alvo, pela simples razão de que caracteriza mal a concepção de Hart e a do positivismo jurídico em geral (cfr. Carrió, 1986). Parece-nos, igualmente, que quem sustenta uma concepção do Direito como a de Hart não tem porque ser cauteloso em negar que o Direito está integrado não só por regras, mas por padrões do tipo que Dworkin chama de princípios (ou, ao menos, não teriam maior inconveniente em afirmar que muitos desses padrões formam parte, de acordo com os critérios hartianos, do Direito). Mas não podemos deixar de reconhecer também que os princípios do Direito – o que quer que sejam – foram deixados de lado na análise levada a cabo por Hart, apesar de serem de uma enorme importância para se entender a estrutura e o funcionamento do Direito.

Por outro lado, o que vale para Hart se aplica também - e em maior medida – a autores como Kelsen e Alchourrón e Bulygin, cujas obras, em nossa opinião, constituem os marcos fundamentais da teoria do Direito imediatamente anterior e posterior a *O conceito de Direito*. No caso de Alchourrón e Bulygin, parece que por “princípios jurídicos” tão-somente poderia se entender uma dessas duas coisas: ou bem se tratariam de normas não coativas (isto é, enunciados que ordenam, proíbem ou permitem condutas em determinados casos genéricos sem estabelecer sanções), que se caracterizariam porque a descrição das propriedades relevantes do caso genérico correspondente apresentariam um alto grau de generalidade e/ou de indeterminação semântica; e em tal caso seriam normas (enunciados que

correlacionam casos com soluções) indistinguíveis das regras.⁴ Ou bem poderia se tratar de enunciados que nem seriam normas e nem teriam influência alguma sobre as consequências normativas do sistema (um exemplo disso, para esses autores, constitui os “enunciados que apresentam teorias políticas” [Alchourrón e Bulygin, 1974:107]) e que, na realidade, não suscitam nenhum problema de interesse: “se tais enunciados são considerados parte integrante do sistema jurídico ou não, não é uma questão tão importante; Kelsen se inclina a eliminá-los totalmente, o que parece ser bastante razoável” [ibid.]. Pelo que logo se verá, nenhuma dessas alternativas – os princípios, ou são regras ou são irrelevantes – parecem aceitáveis.

Nosso propósito neste trabalho não é o de apresentar uma versão melhorada de alguma das anteriores concepções do Direito, para assim dar conta totalmente dos princípios. Também não pretendemos propriamente interferir em uma polêmica que em muitos aspectos se tornou, certamente, densa. O que nos propomos – isso sim, utilizando com liberdade elementos surgidos no debate anterior – é, mais propriamente, tratar de dar uma resposta – ou o começo de uma resposta – a algumas das perguntas fundamentais que suscitam os princípios no Direito: em primeiro lugar, que traços estruturais diferenciam os princípios das regras; em segundo lugar, que tipo de razões para a ação são os princípios e em que se diferenciam a esse respeito das regras; em terceiro lugar, no que contribuem os princípios à explicação e à justificativa no âmbito jurídico.

2. Tipos de princípios

2.1. Diversos sentidos de “princípio jurídico”

Começando pelo óbvio, todos sabem que os juristas utilizam a expressão “princípios jurídicos”, “princípios gerais do Direito” ou outros semelhantes com significado diversos, e não parece que tem muito sentido afirmar que um deles é o *essencial*, o *verdadeiro*, ou coisa parecida. De todas as formas, as acepções mais significativas que se encontram em contextos

⁴ Utilizamos os termos “regra” e “princípio” como espécies do gênero “norma”.

jurídicos parecem ser os seguintes (levamos em conta, principalmente, as análises de Carrió, 1986 e Guastini, 1990):

a) “Princípio” no sentido de norma muito geral, entendendo por tal – como antes se apontou – as que regulam um caso cujas propriedades relevantes são muito gerais. Por exemplo, o art. 1091 do Código Civil espanhol, quando estabelece que “as obrigações que nascem dos contratos têm força de lei entre as partes contratantes, e devem cumprir-se ao modo dos mesmos”. Não se está dizendo que a propriedade de que uma norma seja geral é questão relativa e gradativa: a norma anterior – ou princípio – é mais geral do que as que se aplicam exclusivamente aos contratos de locação (por exemplo, o art. 1545: “os bens fungíveis, que se consomem com o uso, não podem ser matéria deste contrato”), e menos geral que as que se aplicam aos contratos e outros atos jurídicos (por exemplo, o art. 11,1: “as formas e solenidades dos contratos, testamentos e demais atos jurídicos se regerão pela Lei do país em que se outorguem”). A generalidade de uma norma não é, no sentido em que aqui empregamos a expressão, uma qualidade que tenha a ver com a maior ou menor amplitude da classe dos destinatários da mesma, se não com a maior ou menor generalização (ou “genericidade”, se assim queira) das propriedades relevantes do caso que regula.

b) “Princípio” no sentido de norma redigida em termos particularmente vagos, como o art. 7, ap. 2 do Código Civil espanhol: “a Lei não ampara o abuso do direito ou o exercício anti-social do mesmo”. Certamente, há muitas normas que são vagas no sentido de que na descrição do caso genérico aparecem termos que têm um contorno de textura aberta: a maioria dos casos ordinários fica, claramente, dentro ou fora da norma, mas existem também situações (excepcionais) nas quais são duvidosas se a elas se aplicam ou não a norma. No entanto, o exemplo de norma (ou de princípio) indicado alude a outro tipo de indeterminação que se produz quando se utilizam o que os juristas chamam de *conceitos jurídicos indeterminados*, isto é, termos (por exemplo, “abuso de direito”) que são *centralmente vagos* e que não têm somente um contorno de textura aberta: aqui também, podem se encontrar casos claramente cobertos ou claramente fora do alcance da norma, mas a imensa maioria dos casos reais exige uma tarefa de concretização, isto é, uma ponderação de fatores relevantes cuja identidade e combinações possíveis não resultam antecipáveis.

c) “Princípio” no sentido de norma programática ou diretriz, isto é, de norma que estipula a obrigação de perseguir determinados fins. Por exemplo, o art. 51 da Constituição Espanhola: “os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários, protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os interesses econômicos legítimos dos mesmos”.

d) “Princípio” no sentido de norma que expressa os valores superiores de um ordenamento jurídico (e que são o reflexo de uma determinada forma de vida), de um setor do mesmo, de uma instituição, etc. Por exemplo, o art. 14 da Constituição Espanhola: “os espanhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer qualquer discriminação por razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social”.

e) “Princípio” no sentido de norma especialmente importante, ainda que seu grau de generalidade possa ser relativamente baixo. Por exemplo, o art. 56, ap. 3 da Constituição Espanhola: “a pessoa do Rei é inviolável e não está sujeita a responsabilidade”.

f) “Princípio” no sentido de norma de hierarquia elevada. Segundo este significado, todas as normas constitucionais seriam princípios, incluindo as que não parecem ser nem muito gerais nem muito importantes. Por exemplo, o art. 160 da Constituição Espanhola: “o Presidente do Tribunal Constitucional será nomeado entre seus membros pelo Rei, conforme proposta do pleno do mesmo Tribunal e um por um período de três anos”.

g) “Princípio” no sentido de norma dirigida aos órgãos de aplicação jurídicos e que define, com caráter geral, como se deve selecionar a norma aplicável, interpretá-la, etc. Por exemplo, o art. 4, ap. 2 do Código Civil: “as leis penais, as excepcionais e as de âmbito temporal não se aplicarão às hipóteses nem a momentos distintos dos compreendidos expressamente nelas”.

h) “Princípio” no sentido de *regula iuris*, isto é, de enunciado ou máxima da ciência jurídica de um grau de generalidade considerável e que permite a sistematização do ordenamento jurídico ou de um setor do mesmo. Tais princípios podem ou não estar incorporados ao Direito positivo. Exemplo do primeiro é (ao menos no Direito Espanhol) o princípio de hierarquia normativa (no art. 9,3 da Constituição). Do segundo, o princípio do legislador racional que, ainda sem estar formulado explicitamente em nosso Direito, é utilizado em numerosas ocasiões pelos juristas teóricos ou práticos, por

exemplo, para defender que uma norma deve ser interpretada de uma determinada maneira (pois só assim poderia sustentar que o legislador seguiu algum propósito racional ao criá-la).

2.2. Uma proposta de classificação

Esta lista de significados não tem caráter exaustivo (Carrió distingue – sem pretensões de esgotar os sentidos nos quais os juristas referem-se aos “princípios” – onze acepções), e não é, também, excludente: os significados anteriores entram em contradição e há ocasiões em que uma mesma norma (por exemplo, o já mencionado art. 51 da Constituição Espanhola) poderia servir como exemplo de princípio praticamente em todas as aceitações indicadas. Para evitar, pelo menos em parte, as imprecisões a que inevitavelmente leva o manejo de um termo tão ambíguo, partiremos desta trílice classificação dos princípios.

2.2.1. Por um lado, se pode distinguir entre *princípios em sentido estrito* (“princípios” na acepção indicada em *d*) e *diretrizes ou normas programáticas* (“princípios” na acepção indicada em *c*). Esta distinção tem, em nossa opinião, caráter exaustivo e excludente. Ser exaustiva não implica, por certo, prescindir das outras acepções de “princípio” que acabam de ser indicadas, mas proceder a uma redefinição, no seguinte sentido: as características indicadas em *a*), *b*), *e*) e *f*) acompanham, normalmente, os princípios em sentido estrito e as diretrizes, mas nenhuma delas, nem o conjunto de todas elas, por si sós, permite classificar um determinado padrão como princípio; os princípios na acepção *g*) e *h*) são, se cumprirem também as características *a*, *b*, *e* e *f*, reconduzíveis a princípios em sentido estrito ou a diretrizes. Por outro lado, a distinção é excludente, pois, ainda que seja possível que um mesmo enunciado possa ser considerado em certos contextos argumentativos como princípio e em outros como diretriz (e até poder-se-ia dizer que isto constitui uma ambigüidade característica de muitos princípios), um mesmo jurista não pode utilizá-lo, em um mesmo contexto argumentativo, como ambas as coisas de uma vez.

2.2.2. A segunda distinção que nos parece importante é a que se pode estabelecer (utilizando, livremente, a terminologia de Alchourrón y Bulygin

com um alcance distinto do que tem nestes autores) entre *princípios no contexto do sistema primário ou sistema de súdito* e *princípios no contexto do sistema secundário ou sistema do juiz (e, em geral, dos órgãos jurídicos)*; isto é, entre os princípios (padrões de comportamento formuláveis como princípios em sentido estrito ou como normas programáticas) quando dirigidos a guiar a conduta das pessoas que não consiste no exercício de poderes normativos (conduta não normativa, diremos mais adiante para simplificar) e os princípios quando dirigidos a guiar o exercício de poderes normativos (a criação ou a aplicação de normas) dos órgãos de produção jurídica. Esta distinção é exaustiva, mas não excludente. Há, sem dúvida, princípios cuja virtude se limita a guiar o exercício de poderes normativos, mas não princípios que guiem somente condutas não normativas: todos os princípios que se pode considerar que guiem a conduta não normativa dos destinatários das normas jurídicas em geral, guiam também a conduta normativa, ao menos, dos órgãos de aplicação.

2.2.3. Finalmente, a última distinção que nos interessa é a que se faz entre *princípios explícitos*, isto é, princípios formulados expressamente no ordenamento jurídico, e *princípios implícitos*, isto é, princípios extraídos a partir de enunciados presentes no ordenamento jurídico (por exemplo, o princípio de que as normas serão interpretadas como se provindas de um legislador racional). Esta distinção, obviamente, é exaustiva e excludente.

3. Princípios e regras

Além destas distinções de caráter *interno*, os princípios devem ser distinguidos por fora (*externamente*) de outros padrões de comportamento que integram o Direito. Aqui partiremos da idéia de que os Direitos estão formados por normas (e por outras entidades das que aqui não nos ocuparemos, como as definições) e que as normas podem, por sua vez, ser *regras* ou *princípios*.

O problema, portanto, pode ser colocado nesses termos: como se pode distinguir os princípios das regras e, simultaneamente, qual alcance têm as classificações anteriores dos princípios? Nossa estratégia para responder a esta pergunta consistirá em partir de dois enfoques característicos que costumam ser adotados em relação às normas e que nós projetaremos no problema que

nos ocupa. O primeiro destes enfoques poderia chama-se estrutural, pois consiste em ver as normas como entidades organizadas de uma certa forma. Um exemplo disso é a concepção das normas que encontramos em *Normative Systems*, isto é, como correlações entre casos genéricos (conjuntos de propriedades) e soluções (isto é, a qualificação normativa de uma determinada conduta). A outra forma característica de se compreender as normas poder-se-ia chamar funcional, pois se centra no papel ou na função que as mesmas cumprem na argumentação prática de seus destinatários. Um exemplo deste enfoque, na teoria do Direito contemporânea, é oferecido de forma muito destacada na obra de Raz. Em tal obra, como se sabe, as normas são vistas como razões para a ação; o que interessa basicamente, nesta perspectiva, é mostrar que tipo de razões são as normas e como operam na argumentação prática. A questão de como distinguir os princípios das regras ou, entre si, os diversos tipos de princípios antes citados, poderia adquirir tons diferentes, de acordo com que se considere normas desde uma ou outra perspectiva.

3.1. Um enfoque estrutural da distinção

Desde o primeiro dos enfoques, o problema parece ser este: aceitando-se que as regras podem ser formuladas sempre recorrendo a um esquema condicional, isto é, de correlação caso/solução (o que não significa aceitar – nem negar – que as normas sejam entidades linguísticas, mas tão-somente, que podem se expressar em uma linguagem), pode-se dizer o mesmo dos princípios? Na realidade, antes de responder a esta pergunta é preciso colocar outra de caráter prévio, isto é, a de qual das classificações anteriores dos princípios são relevantes aos efeitos que agora nos interessam. Parece claro que não é nem a distinção entre princípios explícitos e implícitos (pelo que se acaba de dizer), nem entre princípios no contexto do sistema primário e princípios no contexto do sistema secundário (se existir alguma diferença estrutural pelo fato de que o caso regulado por uma norma consista ou faça referência por sua vez às normas, é lógico pensar que isso se aplicaria tanto aos princípios como às regras). Assim, o que pretende verificar é se os princípios em sentido estrito e as normas programáticas têm ou não uma estrutura condicional (isto é, correlacionam um caso com uma solução normativa) e/ou

se os operadores deónticos que regem para as regras são os mesmos dos princípios.

3.1.1. Em nossa opinião, os princípios em sentido estrito podem ser formulados sempre como enunciados que correlacionam casos com soluções, mas isso não quer dizer que, desde esta perspectiva, não exista nenhuma diferença entre regras e princípios. A diferença consiste em que os princípios configuram o caso de forma aberta, enquanto que as regras o fazem de forma fechada. Com isso queremos dizer que, enquanto que nas regras as propriedades que conformam o caso constituem um conjunto fechado, nos princípios não se pode formular uma lista fechada das mesmas: não se trata só de que as propriedades que constituem as condições de aplicação tenham uma área maior ou menor de abstração, se não, de que tais condições não se encontram sequer genericamente determinadas. O tipo de indeterminação que afeta os princípios é, pois, mais radical que o das regras (ainda que, desde logo, entre um e outro tipo de indeterminação possa haver casos de penumbra).

Robert Alexy, desenvolvendo, pelos demais, algo que já estava presente em Dworkin, escreveu que “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*,^{N.T.} que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está determinado por meio de princípios e de regras que operam em sentido contrário. De outro lado, as *regras* são normas que exigem um cumprimento pleno e, nesta medida, podem sempre ser somente cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então, é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos” (Alexy, 1988: 143-144). A nosso juízo, é verdadeiro que os princípios possam ser cumpridos em diversos graus quando

N.T. Virgílio Afonso da Silva alerta que, devido à influência das traduções espanholas das obras de Alexy, tornou-se comum referir-se aos princípios como “mandados de otimização”. Todavia, trata-se de utilização imprópria, preferindo esse autor o termo *mandamentos de otimização*, que também passamos a adotar. Sobre isso ver AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. a. 91. v. 798. abr./2002, p. 25.

se referem às diretrizes ou às normas programáticas, mas não o é no caso dos princípios em sentido estrito. Vejamos isto mediante alguns exemplos.

Um princípio como o formulado no art. 14 da Constituição Espanhola, visto como princípio secundário, pode, nos parece, apresentar-se na forma de um enunciado condicional, como o seguinte: “se um órgão jurídico deve ditar uma norma, aplicá-la, etc., e não se dão as circunstâncias normativas ou fáticas que exijam outra coisa (isto é, que desloquem o princípio), este órgão está proibido de estabelecer ou de fazer que prevaleça qualquer discriminação em virtude de raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social”. Encontramos a indeterminação característica dos princípios aqui unicamente na configuração aberta das condições de aplicação, mas não na descrição da conduta proibida: discriminar. Pode, desde então, entender que “discriminação” é um termo vago em certos contextos, mas este tipo de indeterminação se dá também nos padrões a que chamamos de “regras”. A regra de que a mulher trabalhadora deve receber salário igual ao do homem se diferencia do princípio anterior unicamente no fato de que suas condições de aplicação se configuram de forma fechada (assim, o art. 28 do Estatuto dos Trabalhadores estabelece que “o empresário é obrigado a pagar pela prestação de trabalho igual o mesmo salário, tanto por salário base como pelos complementos salariais, sem discriminação alguma por razão de sexo”), mas também aqui pode haver problemas de indeterminação na hora de estabelecer tanto se suas condições de aplicação se dão em um determinado caso individual (podem existir dúvidas sobre se uma determinada atividade deve ser considerada ou não como “trabalho”), ou sobre o alcance da descrição da conduta proibida (um complemento salarial para vestuário diferente por razão do sexo deve ser considerado proibido pelo mesmo artigo 28?). Estruturalmente, a única diferença entre o art. 14 da CE e o art. 28 do ET reside, em último caso, no fato de que as condições de aplicação da norma constituem um conjunto fechado, ainda que sua formulação possa apresentar problemas de indeterminação semântica (e insistimos que as indeterminações semânticas não afetam o caráter de *regra*, a não ser que alcancem um grau extremo que não permita que se fale de *determinação* de um modelo de conduta). Mas em relação à descrição do modelo de conduta qualificado deonticamente, ambas as normas apresentam um grau de determinação semelhante. Dito de outra forma: se foi determinado que o princípio de

igualdade consagrado no art. 14 prevalece, na combinação de fatores relevantes que apresenta um determinado caso individual, frente a princípios que operam em sentido contrário, este princípio exige um cumprimento pleno; ou se cumpre ou não se cumpre, mas não cabem modalidades graduáveis de cumprimento.

3.1.2. Se dos princípios em sentido estrito passamos às diretrizes ou normas programáticas, as coisas parecem ser algo distintas. Uma norma como, por exemplo, o art. 51 da Constituição, antes lembrado, pode também se expressar sempre na forma de um enunciado condicional: “se x é um Poder Público e não se dão as circunstâncias normativas ou as fáticas que o impeçam, então x deve utilizar os procedimentos eficazes tendentes a proteger a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos consumidores e usuários”. Mas se agora nos propusermos a questão sobre como se diferencia estruturalmente o art. 51 e o art. 14 da CE, resulta óbvio que enquanto o último deles só configura de forma aberta suas condições de aplicação, mas não o modelo de conduta qualificado deonticamente, o primeiro configura de forma aberta tanto as condições de aplicação quanto o modelo de conduta prescrito. A diferença, pois, entre um princípio em sentido estrito e uma diretriz, da perspectiva que estamos agora contemplando as normas, parece ser a seguinte: sobre os princípios em sentido estrito cabe dizer que são mandamentos de otimização unicamente no sentido de que, ao estarem configuradas de forma aberta suas condições de aplicação, a determinação de sua prevalência ou não em um caso individual determinado exige sua ponderação em relação com os fatores relevantes que o caso apresente, com princípios e com regras que operem em sentido contrário; mas uma vez determinado que nesse caso prevalece o princípio, este exige um cumprimento pleno. As diretrizes, pelo contrário, ao estipular a obrigatoriedade de utilizar meios idôneos para perseguir um determinado fim, deixam também aberto o modelo de conduta prescrito: as diretrizes sim podem, de fato, ser cumpridas em diversos graus. Isto é o que explica porque, por exemplo, o art. 14 da Constituição Espanhola mudaria de sentido se fosse estabelecido como uma norma programática (“os poderes públicos promoverão a igualdade dos espanhóis ante a lei, para que não possa prevalecer discriminação alguma em virtude de nascimento, raça...”).

3.2. Princípios e regras como razões para a ação

A outra forma de entender as normas – como razões para a ação – é, provavelmente, mais esclarecedora que a anterior, referida ao tema dos princípios. Para facilitar a análise, comecemos por considerar unicamente os princípios como pautas dirigidas às autoridades normativas e, mais em concreto, aos órgãos jurisdicionais entendidos em sentido amplo (o que Raz chama “órgãos primários”): aqueles órgãos aos quais o próprio Direito confere o *poder normativo* para resolver com autoridade as disputas e lhes impõe o dever de fazê-lo juridicamente (fundamentando suas resoluções nas pautas identificadas como jurídicas). Nos esquecemos também, no momento, da distinção entre princípios em sentido estrito e diretrizes.

3.2.1 Pois bem, neste contexto, a distinção – e as relações – entre regras, princípios explícitos e princípios implícitos aparece estreitamente associada à distinção – e as relações – entre obediência às autoridades normativas e a própria deliberação na conduta juridicamente guiada dos órgãos jurisdicionais.

3.2.1.1. Tomando como ponto de partida uma conhecida caracterização do último Hart (1982), cabe considerar as *regras jurídicas* de mandato⁵ como razões para a ação peremptórias e independentes do conteúdo. “Razões peremptórias” dignificam o mesmo que “razões protegidas” (na terminologia de Raz), isto é, que constituem uma razão de primeira ordem para realizar a ação exigida – no contexto que nos interessa, para proferir uma decisão cujo conteúdo corresponda ao da regra – e uma razão de segunda ordem para “excluir ou suprimir qualquer deliberação independente por parte de seu destinatário sobre os argumentos pró e contra para se realizar a ação” – no mesmo contexto, para excluir que o conteúdo da decisão se fundamente na apreciação por parte do órgão jurisdicional de qual seja, atendendo aos méritos do caso, a melhor resolução a ditar. As regras estão destinadas, pois, a que, quando se dão suas condições de aplicação, os órgãos jurisdicionais excluam, como base de sua decisão, seu próprio juízo perto da ponderação de razões aplicáveis e adotem como tal base o conteúdo da regra. O caráter independente do conteúdo afeta o porquê os órgãos jurisdicionais devam

⁵ As regras permissivas ficam fora das questões sobre o porquê não podem constituir razões operativas.

obedecer às regras, isto é, às razões pelas quais devem considerá-las como razões “peremptórias” ou “protegidas”. E neste sentido, supõe-se que os órgãos jurisdicionais devam considerá-las assim em razão de sua fonte (isto é, da autoridade normativa que as ditou ou adotou): sua origem em tal fonte é condição suficiente para que os órgãos jurisdicionais devam considerá-las como razões peremptórias.

3.2.1.2. Dos *princípios explícitos* cabe dizer que são razões para a ação independente do conteúdo, mas não peremptórias. São independentes do conteúdo porque o motivo pelo qual são razões para a ação dos órgãos jurisdicionais, isto é, o motivo pelo qual devem fazer parte do argumento de justificação das decisões dos órgãos na mesma que no caso das regras: a saber, sua origem em uma determinada fonte. Não são, entretanto, razões determinantes porque não estão destinadas a excluir a deliberação por parte do órgão jurisdicional próximo do conteúdo da resolução a ditar, senão, que constituem meramente razões de primeira ordem para resolver em um determinado sentido, cuja força respeito de outras razões (outros princípios) – que possam constituir, a sua vez, razões para resolver em outro sentido – deve ser ponderada pelo próprio órgão jurisdicional.

3.2.1.3. Os princípios implícitos, por sua vez, são razões para a ação que não são peremptórias nem independentes do conteúdo. Não são peremptórias pela mesma razão pela qual não o são os princípios explícitos, e não são independentes do conteúdo porque, se devem fazer parte da argumentação dos órgãos jurisdicionais não é por virtude de sua origem em fonte alguma, mas sim, por certa qualidade de seu conteúdo. Em nossa opinião, tal qualidade não é sua justiça intrínseca (isto é, os princípios não se extraem sem mais da moral social, como, às vezes, parece dar a entender Dworkin [1978 e 1986], nem são simplesmente pautas que gozam de estabelecimento social, como defendem alguns civilistas ilustres como Díez Picazo), e sim, sua adequação ou coerência em relação com as regras e princípios baseados em fontes.

Pode dizer-se, então, que as regras são razões autoritárias tanto com relação ao porquê operam, quanto ao como operam na argumentação de justificação dos órgãos jurisdicionais; que os princípios explícitos são razões autoritárias em relação ao porquê de sua presença em tal argumentação, mas não em relação ao como operam nele; e que os princípios implícitos, por fim, não são autoritários em relação à sua forma de operar na argumentação e, com

relação ao porquê de sua presença nele, o são, em todo caso, só indiretamente, tanto que tal presença se fundamenta em sua adequação às regras e aos princípios explícitos.

3.2.2. Partindo dos princípios secundários, passamos, agora, aos princípios primários, isto é, aos princípios como pautas dirigidas às pessoas em geral, de modo que a análise não teria porque variar muito com relação à anterior. A diferença parece consistir melhor, no fato de que, diferentemente dos órgãos jurisdicionais, as pessoas – salvo em casos excepcionais – não têm porque justificar seu comportamento em relação às normas jurídicas. Mas, ainda por cima, as regras – para quem as segue – operam como razões peremptórias ou protegidas, enquanto que os princípios os fazem como razões de primeira ordem, que devem ser ponderadas com outras razões.

3.2.3. Pelo que se refere à contraposição entre princípios em sentido estrito e diretrizes, consideramos que tal distinção, em termos de razões para a ação, poderia estabelecer como se segue. As diretrizes geram razões para a ação de tipo instrumental ou estratégico: para que a consecução de um fim F seja desejável faz com que exista, em princípio, uma razão em favor de todo aquele que conduza a tal fim; a razão não é excludente, pois pode haver razões em sentido contrário e que tenham uma maior força. Pelo contrário, as razões para a ação que derivam de princípios em sentido estrito são razões de correção: igual às anteriores, não são também excludentes, mas, na deliberação do sujeito, as razões de correção operam como razões últimas (não são razões finalistas, mas sim razões finais). Por isso, as razões estratégicas que derivam de diretrizes podem e devem ser avaliadas – e, em seu caso, superadas – por razões de princípio, enquanto que o contrário não pode ocorrer: se tem uma razão de princípio para fazer X, então, o não fazer X só pode se justificar apelando às outras razões de correção – baseadas em princípios – que tenham um maior peso, mas não às razões finalistas – baseadas em diretrizes – que mostram que a consecução de um certo fim é incompatível com a ação X.

4. Dimensões explicativa e justificadora dos princípios

Passamos agora a considerar o terceiro dos problemas indicados no início. O ponto de partida neste caso vai a constituir a distinção entre as funções básicas que, em nossa opinião, desempenham os princípios no Direito: uma função de explicação e outra de justificação.

4.1. Os princípios na explicação do Direito

Propor o problema de até que ponto os princípios permitem explicar o que é o Direito em geral, um ordenamento jurídico em particular ou um setor do mesmo, poderia se pensar que significa algo como situar o problema no contexto da Ciência do Direito (com seus diversos níveis de abstração). Os princípios se veriam, pois, como peças ou instrumentos que permitem dar conta de uma determinada realidade (o Direito visto de diferentes ângulos ou níveis de abstração).

Pois bem, os princípios cumprem com esta função explicativa ao menos nestes dois sentidos. Em primeiro lugar, por sua capacidade para sintetizar uma grande quantidade de informação: a referência a uns poucos princípios nos permite entender como funciona uma instituição jurídica no conjunto do ordenamento jurídico, e em relação ao sistema social. Os princípios são – como as leis científicas – enunciados que fazem possível uma descrição econômica de uma determinada realidade (neste caso, o Direito), e cumprem por tanto uma função didática – no sentido amplo – de grande importância. Mas, em segundo lugar – e isto é ainda mais importante – os princípios nos permitem também entender o Direito – os diferentes Direitos – não como um simples conjunto de padrões, mas também como um conjunto ordenado, isto é, como um conjunto dotado de sentido. Por isso, conhecer os princípios de uma instituição ou de um determinado Direito permite, inclusive, até certo ponto, predizer quais são as soluções para os problemas jurídicos fixadas em disposições específicas. Esta dupla capacidade dos princípios de apresentar de uma maneira breve e ordenada um setor de (ou todo) um ordenamento jurídico, não é nem mais nem menos, o que se costuma chamar de sistematização do Direito. E como esta é a função principal, supõe-se, a ser realizada pela ciência jurídica, fica claro que os princípios desempenham aqui um papel fundamental.

Sem pretender, certamente, negar isto, nos parece importante enfatizar que a ciência jurídica – ou, mais exatamente, o que se costuma chamar de “dogmática jurídica” – é uma disciplina normativa, mas não unicamente no sentido óbvio em que seu objeto são normas, mas também em outros dois sentidos (provavelmente igualmente óbvios, ainda que nem sempre se tenha entendido assim), isto é: uma vez que utiliza um método normativo (o ponto de vista da dogmática não é o ponto de vista externo em relação às normas) e uma vez que cumpre uma função que poderia se chamar “normativa”, posto que o dogmático não se limita a descrever as normas vigentes, e sim, propõe ou sugere critérios para a resolução de problemas jurídicos. Para a dogmática, em nossa opinião, a sistematização de certo material normativo é uma tarefa central, mas que não constitui um fim em si mesma, senão, um meio para realizar o que constitui sua função social mais relevante: fornecer critérios para a aplicação, interpretação e modificação do Direito. Resumindo, o que caracteriza a dogmática não é tanto – ou, ao menos, não é somente – sua função explicativa, mas sua função de justificação.

4.2. Os princípios na argumentação jurídica

Passemos, pois, a ocupar-nos da dimensão justificadora dos princípios ou, dito de outra maneira, do papel que os mesmos desempenham no raciocínio jurídico.

4.2.1. A argumentação jurídica, como tipo especial de racionalidade prática, é, logicamente, uma atividade complexa e que pode envolver elementos de diversos gêneros. Limitando-nos a seu aspecto *normativo*, pode-se dizer que o papel dos princípios contrasta com o das regras já que, através de certa perspectiva, sua contribuição à argumentação é mais modesta, enquanto que, vistas as coisas de outro ponto de vista, caberia dizer que os princípios superam as regras.

Os princípios são *menos* que as regras nestes dois sentidos. Por um lado, não apresentam as vantagens das regras, pois não permitem economizar tempo na hora de decidir um rumo de ação. Se uma regra é aceita, então se evita ter que entrar em um processo de ponderação de razões em pró e em contra; a regra opera, portanto, como um elemento que reduz a complexidade

dos processos de argumentação. Entretanto, os princípios – como já visto – não desobrigam a tarefa de efetuar essa ponderação. Por outro lado, os princípios, enquanto premissas a ser utilizadas nos argumentos práticos, têm menos força (são menos concludentes) que as regras. Se alguém aceita como premissa de sua argumentação a regra “se é dado X, então deve-se fazer Y” e aceita também que “X aconteceu”, daí tem que inferir, necessariamente, que “deve-se fazer Y”. Entretanto, da premissa “F é um fim para alcançar” e “G (ainda quando se trate de um comportamento não proibido pelo ordenamento jurídico) conduz a F”, não se pode passar à conclusão “deve-se fazer G”, e sim, simplesmente, a de que “existe uma razão para efetuar G”; o mesmo cabe dizer em relação com as premissas “C é um tipo de comportamento valioso” e “c é uma ação do tipo C”, que não permitem ir mais adiante da conclusão de que “há uma razão para efetuar c”.

Mas os princípios são também *mais* que as regras em outros dois sentidos. Por um lado, porque ao estar enunciados – ou poder enunciar-se – em termos mais gerais, entram também em jogo em um maior número de situações; isto é, ao ter um maior poder explicativo que as regras, têm também um maior alcance de justificação. Por outro lado, a menor força dos princípios como premissas da argumentação prática vai emparelhada a uma maior força expansiva. Assim, por exemplo, a partir das premissas “todos os homens fisicamente aptos deverão fazer o serviço militar” e “si você sofrer uma intervenção cirúrgica, passará a ser considerado fisicamente apto” não se conclui que “deve sofrer uma intervenção cirúrgica”, e nem sequer que “existe uma razão para que você sofra uma intervenção cirúrgica” (pois é possível que um homem não deseje fazer o serviço militar, de maneira que, para ele, isso não conta como razão). Em troca, a partir do princípio de que “os espanhóis têm direito a uma moradia digna” junto com o enunciado “baratear os créditos para moradias facilita que um maior número de pessoas consiga uma moradia digna” pode-se concluir, pelo menos, que “há uma razão para que o Estado barateie os créditos para a compra de moradias”.

4.2.2. As diferenças que acabam de ser estabelecidas entre as diferentes formas de operar na argumentação jurídica regras e princípios parecem valer para os princípios em geral, isto é, não tomam em consideração, todavia, a tripla classificação dos princípios com que havíamos trabalhado até agora.

Convém, pois, analisar se estas distinções são também relevantes – e em que sentido o são – desde o ponto de vista da argumentação jurídica. Vejamos.

4.2.2.1. Em primeiro lugar, parece que tem que haver uma diferença entre princípios secundários e primários, na medida em que a distinção se entenda como referida à utilização dos princípios por parte das pessoas em geral ou por parte dos órgãos jurisdicionais (o pressuposto de utilização dos princípios por parte de advogados, doutrinadores, etc., poderia assimilar-se – a estes efeitos – à argumentação jurisdicional). E a diferença – como já antes se apontou – é que, para os primeiros, os princípios não constituem geralmente mais do que referências para a ação, enquanto que para os órgãos jurisdicionais (e para os advogados e doutrinadores) os princípios – como o resto dos padrões do ordenamento jurídico – devem servir-los, não somente para resolver o problema sobre o que fazer, mas também justificar o que se fez ou que se vá fazer, isto é, a tomada de decisões jurídicas.

Às vezes se pressupõe que os princípios só entram em conflito na argumentação de justificação dos órgãos jurisdicionais, quando estes têm que fazer frente aos *casos difíceis*, pois nos *casos fáceis*, as regras são elementos necessários e suficientes para justificar a decisão. Esta forma de ver as coisas nos parece, entretanto, aceitável, pelo que se segue. Um caso é fácil, precisamente, quando a inclusão de determinados feitos sob uma determinada regra não resulta discutível *a luz do sistema de princípios* que dotam de sentido a instituição ou o setor normativo de que se trata. E “que dotam de sentido” pode ter, por sua vez – como já indicado -, um duplo sentido: pode tratar-se dos *valores* cujas realizações vêm asseguradas pelo cumprimento da regra, ou dos *objetivos sociais* para cuja consecução o cumprimento da regra aparece como meio. Mas, em um ou em outro sentidos para “dotar de sentido”, é à luz dos princípios explícitos ou implícitos do setor normativo que se trata como se deve determinar se um caso é fácil ou difícil.

Isso importantes conseqüências, porque invalida uma imagem muito estendida sobre a maneira como o Direito guia a conduta dos órgãos jurisdicionais. Dita imagem poderia resumir-se assim: o Direito guia primária e centralmente tal conduta mediante regras, isto é, mediante razões peremptórias (razões – repetimos – para ditar uma resolução cujo conteúdo esteja baseado numa regra e para excluir que se chegue a nenhuma outra razão como base no conteúdo da resolução) e só requer a deliberação dos órgãos

jurisdicionais em zonas periféricas: zonas periféricas originadas, mais pelos déficits da linguagem freqüente (casos que caem dentro da zona de penumbra do significado dos termos empregados na formulação da regra), mais no desconhecimento relativo dos feitos futuros e a indeterminação relativa de propósitos do legislador (pressupostos de lacunas e contradições normativas e, também, de atribuição aos órgãos jurisdicionais de agir com prudência na resolução de determinados casos). Nesta concepção, o ponto central da conduta juridicamente guiada dos órgãos jurisdicionais é a *obediência* às razões peremptórias; a *deliberação* sobre as razões não peremptórias é periférica ou marginal.

Agora, se a consideração de um caso como *fácil*, isto é, como subsumível em uma determinada regra a ser adotada como razão peremptória para a resolução do mesmo, só pode ser feita levando-se em conta princípios, então, a dimensão de *obediência* às razões peremptórias já não pode aparecer como primária: a *obediência* a tais razões exige a prévia *deliberação* e só tem lugar no território reservado por esta. Naturalmente, o Direito não reconhece a qualquer razão válida como um integrante legítimo de tal *deliberação*: salvo que o Direito conceda, em algum caso, ao órgão jurisdicional para atender às razões distintas das que ele mesmo contenha, é necessário tratar de razões contidas no próprio Direito, isto é, de princípios explícitos ou implícitos. Pode-se falar, assim, de uma *deliberação normativamente guiada* que, se quiser, constitui também uma forma de “obediência”, mas – e isto é o mais importante –, substancialmente, diferente da *obediência* que consiste no seguimento de uma razão peremptória.

Talvez, todo o que foi dito anteriormente possa ser resumido dizendo que o Direito constitui, para os órgãos jurisdicionais, um *sistema excludente* em um duplo nível e em duplo sentido. Em um primeiro sentido – e em um primeiro nível – uma vez que impõe a tais órgãos jurisdicionais o dever de compor um balanço de razões integrado unicamente pelas constituídas pelos padrões jurídicos, sendo admissível a tomada em consideração de outras razões, unicamente, na medida em que os próprios padrões jurídicos o permitam. Em um segundo sentido – e em um segundo nível – uma vez que tal balanço de razões remete, não em todos os casos, mas em uma maioria, a adotar como base da resolução uma regra jurídica, isto é, uma razão peremptória. Caberia, assim, dividir aos casos em dois grupos: aqueles cuja

resolução se fundamenta no balanço de razões jurídicas que se integram na deliberação do órgão jurisdicional, e aqueles outros, nos quais tal balanço de razões exige o abandono da deliberação e a adoção como base de resolução de uma razão peremptória.

4.2.2.2. Pelo que se refere à distinção entre o uso argumentativo de princípios em sentido estrito, e de diretrizes, o fundamental já ficou dito anteriormente, quando contrapusemos as razões de correção às razões de caráter instrumental ou estratégico. Agora podemos acrescentar nossa concordância com a afirmação de Summers (1978) de que as *rightness reasons* e as *goal reasons* constituem os principais tipos de razões substantivas (que ele contrapõe às razões autoritárias), as quais, por sua vez, vêm a ser o núcleo da argumentação jurídica nos casos difíceis.

Finalmente, no que diz respeito à distinção entre princípios explícitos e implícitos, não cabe dúvida de que os segundos supõem uma maior complexidade que os primeiros, pois em relação a isso não se propõe unicamente o problema de como devem ser usados como premissas de uma argumentação jurídica, mas também o de como se justifica adotá-los como tais premissas. Neste sentido, nos parece que afirmar que “X é um princípio implícito” de uma determinada instituição, setor normativo, ou sistema jurídico é o mesmo que afirmar que as regras e princípios explícitos correspondentes são coerentes com X e que a tais regras e princípios explícitos, entendidos como formulações lingüísticas, devem se destinar a um conteúdo proposicional que resulte coerente com X. Mas o requisito de “coerência” com o material normativo, como já se sabe, pode em muitas ocasiões ser satisfeito tanto pelo princípio X, como por outros princípios. Neste sentido, o problema da identificação de princípios jurídicos implícitos vem a coincidir com o problema geral da interpretação jurídica. E isso fica já fora dos limites deste trabalho.

Referências

ALCHOYRRÓN, Carlos E. BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1974. Edição inglesa, *Normativa Systems*. Springer Verlag, New York: Wien, 1971.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principio jurídicos y razón practica. *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*. n. 5, 1988.

BOBBIO, Norberto. Principi generali di diritto. *Novissimo Digesto Italiano*. XIII, Turín, 1966.

CARRIÓ, Genaro R. Principios jurídicos y positivismo jurídico. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986.

DEL VECCHIO, Giorgio. Sui principi generali del diritto. *Studi sul diritto*. v. I. Milão, 1958.

DÍEZ-PICAZO, Luiz. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 7. ed. v. I. Madrid: Tecnos, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, 1978.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Londres: Fontana, 1986.

ESSER, Joseph. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Ubingen: J. C. B. Mohr, 1956.

GUASTINI, Riccardo. Principi del diritto. *Dalle fonti alle norme*. Turín: Giappichelli, 1990.

HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HART, Herbert L. A. *Commands and Autoritative Legal Reasons. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

RAZ, Joseph. *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral*. Trad. Rolando Tamayo. México: UNAM, 1982.

RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. 2. ed. Princeton: Princeton University, 1990.

SUMMERS, Robert S. Two types of Substantive Reasons. *Cornell Law Review*. N. 63, 1978.

Data de Submissão: 02/10/2017

Data de Aprovação: 02/10/2017