

MODELOS DE ESTRUTURA NORMATIVA E O SENTIDO DAS REGRAS, *STANDARDS* E PRINCÍPIOS

Ronald Corecha Bastos¹

Sumário: Introdução – 1. Revisita à estrutura normativa do direito – 2. Correlação entre princípios e positivismo jurídico – 3. Crítica ao modelo de regras positivista – 4. Do modelo “antipositivista”- 5. Demonstração do modelo de estrutura jurídica com regras específicas, *standards* e princípios – 6. Conclusão – 7. Referência.



INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende estudar alguns problemas persistentes na relação entre princípios, *standards* e regras, sob o ponto de vista da estrutura normativa do direito, e a partir do surgimento de novas demandas da contemporaneidade, principalmente quando se debate onde residem os limites que margeiam a atuação dos juízes, se somente no direito, ou também em algum ponto da moral.

É relevante mencionar que o desdobramento dos estudos sobre esse objeto afeta diretamente as técnicas de interpretação

¹Mestre e doutorando em Direitos Humanos pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA); Professor Assistente do ICJ/UFPA; Estágio de doutoramento PDSE-CAPEs 2012 na Universidade de Lisboa com pesquisa na FAO-ONU, em Roma; Advogado militante; (ronaldbastos@gmail.com).

do direito, pois o jurista, ao fim e ao cabo, tende a inclinar-se pela consideração dos princípios ou valorização excessiva das regras, com sensíveis conseqüências para sociedade, daí advindo a importância da discussão proposta nessas breves reflexões.

Descortinando autores como Hart e Dworkin, o portenho Carrió oferece interessante análise das variantes que cercam o assunto, as quais servirão aqui como referencial teórico, por que busca estudar os *princípios de direito positivo*, após digressões acerca de algumas idéias dos influentes professores de Oxford, e sustentar que as teses principiológicas de Dworkin podem ser realizáveis no próprio mundo do positivismo jurídico. Registre-se que Carrió é considerado um dos mais importantes críticos de Dworkin na língua castelhana.

No primeiro capítulo da monografia, será revisitado o problema da estrutura normativa do direito, procurando-se estabelecer de que maneira isso é trabalhado sob o ponto de vista de Carrió, com destaque para a ocorrência das várias conformações desse fenômeno jurídico, baseado em tipos de regras e seus dissensos teóricos.

Em seguida, procurar-se-á a correlação entre princípios e positivismo jurídico, exercitando-se a construção de que os princípios possam ser açambarcados pelo positivismo.

O terceiro capítulo trata da crítica ao modelo de regras positivista, com base em Dworkin, demonstrado aqui também a interpretação de Carrió sobre o embate dessas idéias.

Como conseqüência, estuda-se no capítulo a seguir o modelo ‘antipositivista’ proposto pelo professor americano.

A monografia é finalizada demonstrando-se o modelo de estrutura jurídica com regras específicas, *standards* e princípios, representando a teoria de Carrió, que se oferece como um passo além de Hart, mas que também procura conter a tese central de Dworkin, como se demonstrará.

Ao final, apresentam-se as conclusões do trabalho.

1. REVISITA À ESTRUTURA NORMATIVA DO DIREITO

É possível, com base em Carrió, que se estabeleça a existência de dois tipos de regras em particular: (1) As proibitivas e sancionadoras de condutas determinadas. Juridicamente são ‘específicas’, semelhante às normas penais; (2) As proibitivas e sancionadoras que não estão definidas de forma específica e precisa. Juridicamente são *standards* (padrões, pautas), semelhantes às normas civis que vedam o dano por culpa.

Mas, utilizando-se de um tipo de regra no futebol (“lei da vantagem”, que não existia oficialmente e que foi adotada de início pelos árbitros do esporte), distingue-a das apresentadas, no seguinte sentido: (1) Versa sobre a aplicação de outras regras do jogo (seria, portanto, uma *regra de segundo grau*); (2) Se dirige primordialmente aos árbitros, sem alterar a princípio o *status* normativo dos jogadores envolvidos; (3) Serve para justificar exceções às regras de primeiro grau, para restringir o alcance destas, ou proporcionam um norte acerca de como e quando devem usar-se as regras sobre as que versam (alcance, influências recíprocas, quando outorgar precedência, preenchimento de lacunas das regras de primeiro grau etc); (4) Apresenta certo grau de neutralidade tópica (indiferença de conteúdo) por restringir o âmbito de outras regras² (CARRIÓ, 1994, p.199-201).

A idéia sobre as *regras de segundo grau* é inspirada em Hart, para quem o desenvolvimento do conceito de direito ocorre a partir da hipótese das *regras primárias e secundárias*, que seriam as primeiras as mais básicas e de sobrevivência das sociedades e as segundas traduziriam as necessárias para

²Para o autor, a expressão “princípio jurídico” pode ser estudada sob a analogia funcional, referente à existência de similaridade entre a “lei da vantagem” do futebol e as normas no mundo jurídico.

complementar, satisfazer o rol infinito de relações jurídicas no ambiente social, a partir das primárias. Então o direito deveria ser entendido como interrelação de regras primárias e secundárias (HART, 1994, pp. 91 e segts.).

A “lei da vantagem” mencionada por Carrió é uma regra do futebol aprovada pela autoridade competente; mas que era uma *regra* do jogo mesmo antes de ter sido incorporada *oficialmente*; os árbitros a aplicavam em um contexto de crítica e reflexão e eram acatadas como regras propriamente.

Evidencia-se então “máximas” gerais e fundamentais que analogicamente no direito de *common law*, a título de exemplo, pode-se ter que “a ninguém deve ser permitido obter proveito de sua própria fraude”, ligada à ordem pública, ao direito universal, que então não pode ser derogado por lei.

Num caso jurídico, diz-se que tais regras são dirigidas a quem se encontra em situação de justificar em concreto decisões com base nas regras de primeiro grau (primordialmente aos juízes e só secundariamente aos súditos) (CARRIÓ, 1994, pp.204-5).

A doutrina de Carrió apresenta outras manifestações dessas normas: imposição de marco ao exercício abusivo do direito; proibição de interpretação analógica da lei penal; aplicação das leis sociais de maneira mais ampla; presunção de legitimidade dos atos do poder público; a interpretação das leis devem ser em consonância com os princípios, direitos e garantias da constituição etc.

Haveria carga principiológica então para conformar o intérprete em todos os casos.

Essas pautas (e muitas outras), para o autor, são aquilo que se denomina ‘princípios jurídicos’, que se distinguem das regras específicas. Podem ser chamados dessa forma, pois versam, como se sugeriu, sobre regras de *segundo grau*. Também poderia ser “jurídico” como parte do direito de uma sociedade (CARRIÓ, 1994, p.207).

Sobre essa questão, Dworkin considera que quando os juristas raciocinam ou discutem sobre direitos e obrigações jurídicas, especialmente nos “casos difíceis”, lançam mão de *standards* que *não funcionam como normas*, mas que operam de maneira diferente, como princípios, diretrizes políticas e outras pautas (DWORKIN, 1985, p.72). Então aqui as opiniões não são de todo dissonantes (sob o ponto de vista de princípios e regras apresentarem *standards* distintos), a não ser quando se percebe que Carrió busca estabelecer os princípios como pertencentes ao gênero *regras*.

O autor americano assinala outras distinções entre ambas as realidades normativas quando se discute a decisão a respeito de que norma deve ser válida ou qual deve ser abandonada ou reformada num determinado caso, o que deve ser tomado apelando a considerações que *transcendem às próprias normas*. Então um sistema jurídico poderia regular tais conflitos mediante outras normas, que teriam preferência sobre a norma imposta pela autoridade superior, ou posterior, ou mais especial etc. Um sistema jurídico também pode preferir a norma *fundada nos princípios mais importantes*. (DWORKIN, 1985, p.78). Para alguns jus filósofos, as observações de Dworkin sobre “transcendência à norma”, o associam a um “neo jusnaturalismo”. (CALSAMIGLIA, 1985, p. 11)

Sem embargo, os princípios jurídicos podem, enfim, apresentar vários significados, segundo os estudos de Carrió: (1) *núcleo básico*, (2) *regra geral*, (3) *fonte geradora*, (4) *finalidade*, (5) *premissa*, (6) *verdade ética* e (7) *máxima*, dentre outros, e deve-se destacar a importância desses significados para o direito, que são utilizados em contextos diversos (exposição, crítica, justificação, reforma e manejo prático).

Essas ocorrências de variantes apresentam-se respectivamente como (1) os princípios que tratam de aspectos importantes de uma ordem jurídica que não poderia prescindir em uma descrição informativa da lei, como o princípio da

separação dos poderes; com os significados (1 e 2) expressa generalizações a partir das regras do sistema, como a boa fé nas transações; com o significado (4) traduz a *ratio legis* ou *mens legis* de uma norma ou conjunto de normas; com o significado (6) expressa um conteúdo justo, como a não discriminação; com os significados (5 e 6) utiliza-se para identificar requisitos formais ou externos que todo o ordenamento deve satisfazer, como o de que as normas não devem ser contraditórias ou exigir coisas impossíveis; com os significados (2 e 3) de juízos de valor de justiça e moral positivas, da “consciência jurídica popular”; com o significado (7) enquanto máxima da tradição jurídica (CARRIÓ, 1994, pp.209-11).

Como se observa entre esses múltiplos sentidos dos princípios jurídicos, pode haver superposição do uso das expressões, dependendo do contexto em que são operados.

2. CORRELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico representa vertente teórica (ao lado do utilitarismo, podem ser consideradas teorias “dominantes”) que estuda *o que é* o direito. Trata das condições necessárias e suficientes para que uma proposição de direito seja válida, particularmente que a verdade das proposições legais consistam em referências a regras que forem adotadas por instituições estatais específicas³ (CALSAMIGLIA, 1985, p. 31).

Veja-se que quando trata da questão das regras *primárias* e *secundárias* enquanto estrutura do direito, Hart considera que as primeiras traduzem um regime de regras não oficial, que não formam um sistema e possuem notória incapacidade para atender as exigências sociais, sem referência a um texto dotado

³Para Calsamiglia, o utilitarismo é uma teoria sobre *o que deve ser* o direito e *como devem ser* suas instituições, pois devem servir ao bem estar geral.

de autoridade. É a sua *incerteza*. Daí a necessidade de complementação, ou seja, das regras *secundárias* de obrigação. Seu efeito é converter o regime de regras primárias num sistema jurídico. (HART, 1994, pp.102 e segts.). É possível perceber então que a “verdade normativa” positivista atrela-se a garantias de instituições que, com as regras secundárias, estabelecem um organismo jurídico efetivo, oficial.

A aproximação dos princípios em relação ao positivismo jurídico é sustentada por Carrió de um modo bastante curioso, numa espécie de “procedimento por eliminação”, para demonstrar, ao final, através dos únicos sentidos de princípios que se mostrarem compatíveis com os vários sentidos de positivismo, que não haveria incompatibilidade entre os dois fenômenos.

No primeiro sentido de positivismo jurídico (*atitude que rechaça o jusnaturalismo em todas as suas formas*), seria incompatível somente com os significados de princípios ‘5’ e ‘6’ acima descritos, sendo compatível com os demais.

Noutro sentido de positivismo (*além de rechaçar o jusnaturalismo, se mostra contrário também a figuras jurídicas ‘metafísicas’ como as forças geradoras subjacentes à lei*), seria incompatível com os usos ‘5’, ‘6’, sendo compatível com os demais.

Conclui-se então que o positivismo jurídico seria *compatível* com os usos de princípios ‘2’, ‘3’ e ‘7’ (menos importantes, para o estudo do autor); ‘1’ (princípios como pautas de segundo nível – como a ‘lei da vantagem’ – para entender, aplicar e complementar as regras de primeiro grau)⁴ e ‘4’, ‘8’ e ‘9’ (como significado de propósitos, objetivos, metas, *policies* das regras do sistema⁵) (CARRIÓ, 1994, pp.214).

Noutro sentido, conforme o teórico portenho, a

⁴Que, por questões de clareza, denominar-se-á doravante *princípios*¹, como adotado por Carrió.

⁵Que denominar-se-á doravante *princípios*².

caracterização “afirmativa” de positivismo jurídico (*o que está formalmente estabelecido*) oferece maiores dificuldades de aproximação com o conceito de princípio jurídico. Pode-se dizer que isso ocorre, dentre outros motivos, conforme Dworkin, porque as normas (regras) não operam como os princípios, e nem sequer os princípios que mais se assemelham a normas estabelecem conseqüências jurídicas que se sigam automaticamente quando se satisfaçam as condições previstas (DWORKIN, 1985, p.75). Então tem-se compreensível dificuldade, por parte dos juristas demasiadamente apegados às normas (regras), em enxergar os princípios *além daquelas*, com o seu conteúdo indomável e conceberem suas conseqüências, através de uma teoria do direito adequada. Seria nesse caso um sentido de princípio sob o ponto de vista de sua *conseqüência jurídica*, pressupondo operações racionais distintas das normas.

Então Carrió utiliza-se do positivismo de Hart para estudar em que medida os princípios jurídicos (*princípios¹* e *princípios²*) cabem dentro do direito enquanto conjunto de regras ou normas identificadas por meio de uma regra de reconhecimento aceita que especifica os critérios que devem satisfazer as regras ou normas particulares para serem consideradas parte do sistema. Sem embargo, essa idéia não é aceita por Dworkin, como se examinará mais adiante.

3. CRÍTICA AO MODELO DE REGRAS POSITIVISTA

Carrió parte da crítica feita por Dworkin à idéia de Hart sobre o direito, que ignora a importância dos princípios na experiência cotidiana dos tribunais (DWORKIN, 1967 *apud* CARRIÓ, 1994, pp.217-19). Notadamente refere-se aos *princípios²*.

O “modelo de regras” de Hart merece relevo em quatro pontos, todos muito questionáveis: (1) *o direito de uma comunidade é um conjunto de regras – que se aplica ou não.*

Nesse sentido, estabelece a noção de que na relação norma/obrigação, em que há um caso particular e este se enquadra em determinada regra, implica no próprio conhecimento da estrutura normativa da sociedade (HART, 1994, p.98).

Ao tratar da distinção entre princípios e normas (regras), Dworkin entende que o caráter de orientação que possuem é diferenciado: as normas são aplicadas disjuntivamente, ou seja, se os fatos que estipulam uma norma ocorrem, perante norma válida, então a decisão é com base nesta e unicamente nesta norma (DWORKIN, 1985, p.75).

Outro ponto diz que (2) a regra é válida quando satisfaz os critérios estabelecidos por uma regra suprema (regra de reconhecimento) aceita pela comunidade – o que é relevante é a origem da regra (seu “*pedigree*”). Hart propriamente considera que regra de reconhecimento, como a promulgação de um documento escrito, possui autoridade, em oposição à incerteza das regras, e lhes assegura a validade jurídica⁶ (HART, 1994, p.104). Por isso, (3) nada que não seja uma regra (*válida*) pode integrar o ordenamento jurídico.

Para outra corrente, em sentido contrário, a diferenciação entre princípios e normas (regras) rechaça a regra de reconhecimento como critério para a identificação do direito (CALSAMIGLIA, 1985, p.10), pois incompatível com a natureza dos princípios, que teriam aproximação comprometedoras com a moral. Veja-se que Dworkin assinala que os princípios não são originários de nenhuma instituição competente (seja legislativo, seja judiciário), mas sim provém

⁶Sob o ponto de vista de outros autores, a regra de reconhecimento de HART consiste em uma prática social que estabelece que as normas que satisfaçam certas condições são válidas. Cada sistema normativo tem sua própria regra de reconhecimento, seu conteúdo varia e é uma questão empírica. Existem sistemas normativos que reconhecem como fonte do direito, um livro sagrado, ou a lei, ou os costumes ou várias fontes ao mesmo tempo. A regra de reconhecimento é o critério que utiliza HART para identificar um sistema jurídico e fundamenta a validade de todas as normas derivadas dela. (CALSAMIGLIA, 1985, p.09, rodapé).

da conveniência e oportunidade, que se desenvolve com o tempo (DWORKIN, 1985, p.94).

Por outro lado, a regra de reconhecimento, pelo fato de poder estipular que algum costume seja considerado direito, inclusive antes de os tribunais assim o fazerem, expõe sua fraqueza, por que ao fim não consegue esclarecer que critérios são utilizados para manipular nesse sentido, ainda mais com a existência de normas consuetudinárias jurídicas e normas consuetudinárias morais, sendo que nem todas as últimas tornam-se espécies das primeiras, o que seria, portanto, uma falha da noção de regra de reconhecimento para estabelecer o direito (DWORKIN, 1985, p.97).

Por fim, (4) quando os juízes devem enfrentar um caso não coberto claramente por uma regra, o direito não lhes proporciona indicação alguma – nessa hipótese devem exercer uma discricção não guiada por pautas jurídicas. Calsamiglia acrescenta no mesmo sentido que o positivismo *hartiano* sustenta que nos “casos difíceis” não existe resposta correta prévia à decisão do juiz, que realmente tem um marcado caráter discricionário, idéia que é atacada por Dworkin através da tese da *resposta correta*.⁷ (CALSAMIGLIA, 1985, p.13).

4. DO MODELO ‘ANTIPOSITIVISTA’

O modelo proposto por Dworkin em oposição ao de regras de Hart (CARRIÓ, 1994, pp 221-23) considera que (I) *o direito de uma comunidade é um agregado de regras e princípios*, sendo que: (1) os princípios não exigem um comportamento específico, pois estabelecem uma meta a alcançar – *policies* – uma exigência de justiça ou moral positiva.

⁷Para Dworkin os “casos difíceis” são aqueles nos quais existe incerteza, seja por que existem várias normas que determinam sentenças distintas – por que as normas são contraditórias -, seja por que não existem normas exatamente aplicáveis.

Em verdade, Dworkin distingue “diretriz política” como um tipo de *standard* que propõe um objetivo a ser alcançado ou alguma melhoria sob o ponto de vista econômico ou social. E princípio, propriamente dito, é um *standard* que deve ser observado não porque assegure uma situação econômica, política ou social que se considere desejável, sim porque é uma exigência da justiça, da equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 1985, p.72).

Outra linha básica é que (2) os princípios não são aplicados à maneira do “tudo ou nada”, mas enunciam uma razão para decidir em determinado sentido, sem obrigar uma decisão particular (DWORKIN, 1985, p.76) como é o caso das normas penais (“condenação ou absolvição”) frente ao princípio do *pacta sunt servanda*. Podem concorrer outros princípios que fundamentem uma decisão em sentido distinto, como, na hipótese, a ocorrência do princípio da boa fé nos contratos.

Assinale-se que (3) os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância⁸, que são aferidas no caso concreto, mas que não invalidam o princípio não predominante.

Na esteira dessa tese, Alexy invoca a *colisão de princípios* para estabelecer que, sob certas circunstâncias, um dos princípios tem que ceder ante outro. É o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o de maior peso (ALEXY, 1997, p.89). Para elucidar essa aferição, sustenta a relação de *precedência condicionada*. Sua determinação consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede a outro, quando existem razões suficientes para que um princípio preceda a outro, sob as *condições* dadas em um caso concreto (ALEXY, 1997, p.93).

⁸O autor americano bem assenta nesse sentido: “*Los principios tienen una dimensión que falta en la normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (...), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.*” (DWORKIN, 1985, p.77).

Também (4) a regra de reconhecimento de Hart não serve para os princípios e sua dimensão de ‘peso’ (ou *conteúdo material* do princípio, segundo Calsamiglia); para reconhecer os princípios é necessário complexa argumentação que aprecia uma rica variedade de *standards*, práticas, crenças e atitudes da sociedade e, seguramente, não seria essa argumentação baseada no “teste de origem”.

Outro pilar teórico é que (II) o agregado de regras e princípios em que consiste o direito exclui a discricionariedade judicial, que, portanto, não deve buscar o fundamento de suas decisões em pautas que não integram o direito. Na interpretação de Calsamiglia, essa base do pensamento de Dworkin reflete que nos “casos difíceis”, não é uma boa solução deixar livre o juiz, pois este não está legitimado para ditar normas, se se leva a democracia a sério (CALSAMIGLIA, 1985, p.14).

Por último, em remate, deve-se considerar que (III) não só as regras conferem direitos ou impõe obrigações, pois a operação combinada de um conjunto de princípios pode sugerir essa condição através da argumentação. Nesse sentido, o raciocínio jurídico invoca e utiliza princípios que os tribunais desenvolvem lentamente, mediante um amplo processo de criação de precedentes. Estes princípios seriam especificamente morais. Em consequência, o raciocínio jurídico depende do raciocínio moral (CALSAMIGLIA, 1985, p.11).

5. DEMONSTRAÇÃO DO MODELO DE ESTRUTURA JURÍDICA COM REGRAS ESPECÍFICAS, *STANDARDS* E PRINCÍPIOS

Carrió busca desenvolver um modelo de regras específicas, *standards* e princípios, que ofereça uma alternativa aos dois sistemas estudados. Passa-se a discorrer sobre as

idéias fundamentais sustentadas pelo autor (CARRIÓ, 1994, pp.225 e segts.).

Regras. O direito de uma comunidade é um conjunto de regras de diferentes tipos, como específicas e *standards*, estes pautas mais gerais e variáveis.

Regras e exceções. Todas as regras, inclusive as específicas, possuem uma textura aberta. Por isso podem possuir exceções que não são exaustivamente especificadas.

Regras e princípios. Sustenta Carrió que não existe a diferença lógica entre regras jurídicas e pautas; não seria certo que as regras se apliquem à maneira do “tudo ou nada”; também os conflitos entre regras nem sempre se resolve negando a validade de uma delas⁹, pois funda-se a decisão em algo muito semelhante ao “peso”, relativo a uma ou outra pauta no contexto; a dimensão do peso não seria exclusiva de pautas.

Textura aberta da regra de reconhecimento. As regras do sistema são identificáveis por referência a uma regra de reconhecimento aceita que especifica disjuntivamente os critérios que aquelas devem satisfazer. A regra de reconhecimento (como toda regra) é em certo sentido indeterminada, daí “textura aberta”. Correspondem às situações que se têm dúvidas razoáveis se uma regra particular integra ou não o direito, impossibilitando um simples “sim” ou “não”. Então a regra de reconhecimento não proporciona nenhuma indicação afirmativa (nem negativa) concludente.

Regra de reconhecimento e princípios: os “princípios de direito positivo”. Carrió assenta que nada há na noção de uma regra de reconhecimento que impeça que uma pauta seja uma regra do sistema, se satisfaz os requisitos estabelecidos na de reconhecimento. No mesmo sentido, nada impede que princípio¹ seja regra do sistema, as pautas de “segundo nível” dirigidas aos juízes para ajustar as regras de “primeiro nível”.

⁹Mas contrariamente ao que pensa Dworkin: “*Si se da um conflicto entre dos normas, uma de ellas no puede ser válida*”(DWORKIN, 1985, p. 78).

Também seriam regras do sistema os princípios² sempre que formulados como princípios¹. Os princípios¹ (e os princípios² \ standards) que atendam à regra de reconhecimento seriam princípios jurídicos do direito positivo como as demais regras do sistema – “princípios de direito positivo”.

Como inspirado na destacada regra de Hart, esse posicionamento opõe-se ao de Dworkin, para quem não se pode adaptar a versão do primeiro sobre o positivismo, modificando sua regra de reconhecimento para que abarque os princípios (...); nenhuma regra de reconhecimento pode proporcionar um critério para a identificação de princípios (porque estes são) discutíveis, seu peso é importante, são inumeráveis, e variam com rapidez (DWORKIN, 1985, p.99).

Os critérios da regra de reconhecimento e os princípios de direito positivo. Nesse sentido, o que o autor portenho estabelece é que as pautas de ‘segundo grau’ (princípios¹) seriam inaplicáveis em relação a alguns dos critérios estabelecidos na regra de reconhecimento. Cita o caso dos precedentes do *common law* que bastaria para incorporar uma regra ao sistema, mas que é insuficiente para incorporar um princípio¹ (critério da regra de reconhecimento distinto) posto que o *common law* é precedente que se aplica somente a casos de específico tipo, distinto dos princípios¹.

Princípios jurídicos que não são partes do direito. O autor deixa claro que se determinados princípios não satisfazem os requisitos da regra de reconhecimento - sejam os princípios¹ ou princípios² - não pertencem ao direito. Não seriam princípios de direito positivo, mas (apenas) princípios jurídicos, pois se refere ao direito, mas não é parte deste. Dependerá da utilização reiterada da jurisprudência (consistência, regularidade e caráter normativo) para se considerar as pautas aplicadas como normas jurisprudenciais em vigor.

Esta é outra posição em confronto com Dworkin, porque,

para este, se se trata os princípios como direito, deve-se rechaçar, por conseguinte, o primeiro dogma dos positivistas, que o direito de uma comunidade se distingue de outros *standards* sociais mediante algum critério que assume a forma de uma regra mestra (DWORKIN, 1985, p.99). É visão divergente com assento na regra de reconhecimento.

Fontes permissivas e princípios de direito positivo. Carrió entende que as exigências de alguns princípios de direito positivo se assemelham às fontes permissivas (distintas das fontes obrigatórias). Estas permissivas não têm o dever como exigência enquanto regra. Menciona Hart para ponderar que depende do grau de pressão social que influencia a conformidade e conseqüências da regra em caso de desvio. Exemplifica com as regras jurídicas que têm como destinatários os juízes (regras sobre uma *boa* sentença). Essas regras, em caso de silêncio das primeiras, proporcionam um guia ou orientação que podem justificar uma decisão concreta.

Discrição judicial. Aqui outro ponto divergente entre Hart e Dworkin. Ao estudá-los, tem-se que todos os casos em que a ordem jurídica (regras específicas, *standards* e princípios) é omissa ou não impõe limites ao poder judicial, os juízes devem fundar suas sentenças em *pautas razoáveis*, que não seriam parte do direito, mas guiadas pela sensatez, boa conduta e juízo. Ao mesmo tempo, Carrió rejeita a idéia de que princípios (ainda mais em conflito com outros) possam ser suficientes para eliminar a discrição dos juízes. A menos que se postule a existência de outros princípios de um nível superior que indicariam quando deve dar-se preferência a um princípio em relação a outro, e assim até o infinito...

Nesse caso, para Dworkin os princípios são, sim, vinculantes.(...) Quando se diz que uma norma (*princípio*) é obrigatória para um juiz, isso não significa outra coisa senão que deve seguir-la se vier ao caso, e que se não o faz, comete um erro (DWORKIN, 1985, p.88).

O modelo de regras específicas, standards e princípios e a definição de direito. Neste último ponto da proposição, o autor portenho reafirma suas bases teóricas já examinadas (rejeita o rígido ‘modelo de regras’, admite o caráter periféricamente indeterminado da regra de reconhecimento distinguir fontes obrigatórias e permissivas) e admite a dificuldade em ‘definir’ o direito, uma vez que, conforme Hart, as questões subjacentes a um conceito de direito são demasiadamente distintas e fundamentais, para caberem numa definição.

6. CONCLUSÃO

É provável que jamais se desenvolva no direito uma escola que atenda às mais diversas interpretações sobre a sua estrutura normativa. O aspecto salutar disso é a manifestação da infindável criatividade humana em relação ao direito e, principalmente, a oportunidade da crítica a sistemas que por diversas razões não são capazes de atender as demandas contemporâneas.

Carrió não ignora a contribuição de Dworkin para esse debate, mas, por ser um dos seus críticos, pretende circunscrevê-la a parâmetros ligados às suas concepções normativas, influenciadas por Hart, mas em estágio, diga-se, mais aprimorado, notadamente pela diferente concepção da regra de reconhecimento e pela aceitação dos *standards*, distintos das regras propriamente ditas.

A favor de Carrió, pode-se dizer que parece improvável (pelo menos a curto prazo) que possa prevalecer um modelo jurídico afastado do positivismo, em todas as sociedades, notadamente naquelas que há muito estão constituídas sob esse marco teórico. Mas por outro lado, Dworkin é perturbador quando sustenta a tese dos princípios e o seu paulatino desenvolvimento no direito, oriundo da moral, o que, a rigor,

resta incongruente com o modelo positivo dominante.

Nesse sentido, primeiramente, percebe-se divergência teórica em relação à aplicação das regras à maneira do “tudo ou nada” e sobre os conflitos entre regras, que nem sempre se resolveria negando a validade de uma delas, segundo Carrió, que nesse ponto, é inconciliável com o pensamento de Dworkin.

Quanto ao peso dos princípios, pode ser aferido, conforme Alexy, através da *relação de precedência condicionada*.

Os *princípios* aos quais Dworkin se refere não parecem corresponder às normas (pautas) de Carrió (*princípios*¹, como pautas de segundo nível – como a “lei da vantagem” - para entender, aplicar e complementar as regras de primeiro grau e os *princípios*² como propósitos, objetivos, metas, *policies* das regras do sistema), embora tenha tentado uma aproximação consistente com a doutrina do professor americano – mas com o objetivo de limitá-la ao âmbito do positivismo, daí a diferença entre ambos.

Para Dworkin um princípio jurídico (e o próprio direito) tem estrita ligação com a moral, e para Carrió, diferentemente, existe o princípio jurídico e princípio de direito positivo: o primeiro pode meramente referir-se ao direito, mas só o segundo *pertence* ao direito, por ser positivado.

Ainda sobre direito e moral, Carrió, através de suas “pautas”, não atribuiu em nenhum momento a estas, dentre os seus vários sentidos, a influência da moral, circunscrevendo as pautas à realidade, ao universo normativo.

Carrió dá proeminência às regras propriamente ditas, estabelecendo-as como regras de primeiro grau e os princípios (“pautas”) somente como uma espécie de subsídio ou suplemento dessas regras (regras de segundo grau), enquanto que na concepção de Dworkin essa construção não tem sentido, já que as normas são *fundadas* nos princípios.

A “textura aberta da regra de reconhecimento” do professor portenho fundamenta a idéia de que as regras do sistema (inclusive as “pautas”) são identificáveis através daquela, que especifica os critérios a serem satisfeitos. Só que Dworkin advoga a impossibilidade dos princípios (e o direito) serem identificados dessa forma.

O que Carrió pretende é uma espécie de modificação da regra de reconhecimento de Hart, atribuindo-lhe a mencionada “textura aberta”.



7. REFERÊNCIA

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Valdés, Ernesto Garzón. Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1997.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Ensayo sobre Dworkin*. Prólogo in DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1985.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y language*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- DWORKIN, Ronald. *The model of rules*, in 35 *University of Chicago Law Review* (14), 1967.
- _____. *Los derechos en serio*. Trad. Guastavino, Marta. Barcelona: Ariel, 1985.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.