Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 40 • nº 160
outubro/dezembro – 2003

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras

José Reinaldo de Lima Lopes

Sumário

1. Não há diferença de natureza lógica entre princípios e regras. 1.1. O juízo. 1.2. A aplicação de princípios ou de regras: juízos de mesma natureza lógica. 1.3. Princípios em sentido próprio. 2. A tradição hermenêutica que Dworkin não menciona. 3. O projeto jurídico-moral de Dworkin. Conclusão.

Pretendo neste texto mostrar sumariamente que a distinção entre princípios e regras não pode propriamente dizer respeito à natureza normativa das duas categorias e que, portanto, o fato de se invocar princípios em lugar de regras não esclarece em nada o procedimento ou o raciocínio de quem decide. O problema central para os juristas coloca-se na esfera do juízo e tanto princípios quanto regras apresentam a mesma dificuldade, nenhum deles "garante" que se produzam decisões em um sentido ou outro. Se isso é verdade, quem quer que delibere segundo normas delibera da mesma forma e chamar os princípios para defender certas conclusões práticas não altera em nada o caráter normativo-prescritivo do próprio procedimento. Um segundo propósito do texto é mostrar que, a despeito do sucesso e da popularização da tese de Dworkin, sua exposição peca por ignorar a história do problema. Os juristas da tradição germano-romana já conhecem os problemas levantados por Dworkin: interpretação sistemática, histórica e literal são conhecidas e investigadas técnicas hermenêuticas, aborda-

José Reinaldo de Lima Lopes é Doutor e Livre-docente, Professor da Faculdade de Direito da USP.

das por distintas correntes. Finalmente, o texto ressalta que o centro do problema levantado por Dworkin está, como ele mesmo chega a reconhecer, na união entre preceitos jurídicos e preceitos éticos ou morais. Aqui reside, provavelmente, a razão do sucesso de Dworkin: todos os que têm uma agenda ética pretendem usá-la sob a diferença analítica de princípios e regras. Como, no entanto, a discussão da ética por critérios racionais foi praticamente banida do universo mental dos juristas, incapazes de explicitar fundamentos comuns à ética e ao direito, valem-se muitas vezes do trabalho de Dworkin sem atentar para as suas dificuldades conceituais.

1. Não há diferença de natureza lógica entre princípios e regras

Tornou-se lugar-comum falar em princípios e regras desde a célebre tese exposta por Dworkin e aprofundada em seu debate com H. Hart. Muitos que haviam-se acostumado a falar do direito como de um discurso lógico-dedutivo, à moda da geometria, viram ali a possibilidade de eventualmente explicar dificuldades colocadas ao entendimento do que fazem os juristas quando praticam o direito. Outros viram na distinção uma possibilidade de "flexibilizar" o direito, que os incomodava como se fosse excessivamente rígido. Os princípios seriam a justificativa para a flexibilização que as regras – identificadas por muitos com a lei em sentido formal (norma geral produzida pelo poder legislativo) – não lhes permitiria. Muitos outros viram na distinção "princípios-regras" uma porta aberta para escapar das dificuldades que a análise do juízo jurídico de aplicação ou de subsunção lhes colocava. Alguns viram ali a possibilidade de dizer que certos juízos contra as leis não são arbitrários porque são conformes a princípios e princípios valem mais do que leis ou regras. Finalmente, alguns imaginaram que a aplicação de princípios é logicamente diferente da aplicação das regras e que, portanto, princípios devem ser coisas diferentes de regras.

DWORKIN propõe de fato uma distinção entre princípios e regras, sugerindo que há diferenças de natureza entre eles. Diz mais, que o sistema jurídico norte-americano é um sistema composto de princípios e regras. Diz ainda que as regras são aplicadas em uma situação tudo ou nada e que os princípios são aplicados por ponderação. Uma regra, para não ser aplicada, diz ele, precisa ser totalmente descartada (juízo de validade ou invalidade), enquanto um princípio será apenas confrontado com outros princípios e aplicado ou não depois de um juízo de ponderação.

À idéia de que aplicar regras é diferente de aplicar princípios quero contrapor a idéia de que aplicar regras e aplicar princípios é algo semelhante. Aplicar regras ou princípios práticos (que incluem preceitos ou máximas de moral ou de direito) é perfeitamente diferente de tirar conclusões de princípios matemáticos. A tarefa desta seção é mostrar, portanto, em que consiste o juízo jurídico e, apenas por contraste, em que consistem os juízos das ciências formais (a matemática e a lógica no sentido estrito). Em seguida, será possível concluir que aplicar regras ou princípios é, do ponto de vista do pensamento, a mesma coisa e que, portanto, dividir o sistema jurídico em regras e princípios não elimina em nada as dificuldades do processo de deliberação.

1.1. O juízo

O juízo pode ser tanto a própria faculdade de escolha e de distinção, quanto a operação intelectual de síntese (ABBAGNANO, 2000). Por isso diz-se que alguém *tem* juízo e *realiza* juízos. O juízo (operação) consiste em uma predicação e se expressa em uma proposição. Isso é o básico. Há, porém, juízos normativos (predicações normativas, proposições normativas, preceitos, máximas) e há juízos assertóricos (proposições afirmativas ou negativas sobre o que é). Para ambos os casos, porém, é preciso que haja sujeitos.

Não há juízos sem sujeitos. Uma língua não produz falas por si, como não produz discursos por si mesma, assim como um sistema normativo não produz decisões por si mesmo. A língua é apenas o instrumento dos juízos[1]. O ordenamento é apenas o meio ou a condição para decisões. Logo, predicar é ato de sujeitos. Os sujeitos predicam (dizem o mundo) de várias maneiras. Há predicações completamente formais, ou de objetos ideais, como é o caso das predicações das matemáticas e da lógica. Essas predicações que se transformam em juízos são simples e devem ser entendidas por quem vai falar de matemática ou de lógica. O que é uma reta, ou que é o espaço, o que é um algarismo ou o que é a unidade? São coisas (conceitos) básicas que permitem os discursos. Essas coisas, uma vez inteligidas, permitem que delas se derivem outras coisas pelo raciocínio ou silogismo: passar do que sei ao que não sei, apoiando-me no que sei. O problema é que nas matemáticas e na lógica o que sei tem uma natureza especial: trata-se de objetos ideais – não empíricos – que permitem o pensamento abstrato. "Não existem triângulos na natureza". O objeto do pensamento não são as coisas empíricas, mas essas relações entre as coisas, que se convertem nas matemáticas.

Um bom ponto de partida para entender-se o juízo, a despeito das muitas discussões sobre o caso, é ainda a definição kantiana:

> "A faculdade do juízo em geral é a faculdade de pensar o particular como contido no universal. No caso de este (a regra, o princípio, a lei) ser dado, a faculdade do juízo, que nele subsume o particular, é determinante. (...) Porém, se só o particular for dado, para o qual ela deve encontrar o universal, então a faculdade do juízo é simplesmente reflexiva" (KANT, 1995, p. 23).

Certas confusões fazem crer que o jurista, ao deparar-se com um caso, faz um juízo apenas *determinante*. É claro, porém, que ele se envolve em juízos *reflexivos*, ou seja, em que, dado o fato, procura o universal (regra) ao qual submetê-lo. Ocorrida uma morte, por exemplo, procura, por investigação das circunstâncias, saber se se trata de acidente ou homicídio, de morte em legítima defesa ou qualquer outro tipo, que exclui a pena imposta ao homicida. Isso é, na verdade, fazer um juízo.

1.2. A aplicação de princípios ou de regras: juízos de mesma natureza lógica

Ora, no que diz respeito ao juízo jurídico, temos uma situação bastante especial. Alguns dirão que na prática do direito é preciso distinguir os *juízos de fato* dos *juízos de direito*, ou seja, as predicações dos fatos (*se isto ocorreu*, ou *se isto ocorrer*) das predicações jurídicas (*valerá isto, será considerado lícito ou ilícito*). A situação é ligeiramente mais complexa, mas é um bom começo.

Essa simplicidade é muito aparente. No juízo jurídico, trata-se sempre de qualificar uma situação de fato. Ou se qualifica um fato específico, no processo de adjudicação, ou se trata de criar tipos de fatos que serão qualificados no futuro. Mais ainda, quando se trata de qualificar um fato qualquer passado – na decisão judicial –, esse fato tem que ser convertido em um *tipo*. É da essência da regra que ela se refira a tipos: a aplicação de uma regra concreta é reconhecimento que o fato específico é um fato dentro de uma classe, classe essa descrita por alguma regra.

Quando alguém se pergunta pela licitude ou pela legalidade de uma conduta ou de um estado de coisas, está deliberando o que fazer naquele caso e em todos os casos semelhantes (segundo regras), exercendo um juízo prático.

Ora, na maioria das vezes a dificuldade não está em saber a regra, mas saber se o fato sujeita- se a uma regra e não a outra. Isso acontece da mesma forma quer se trate de aplicar uma regra ou um principio. Dizer que um fato se submete a um princípio significa dizer que se submete a uma espécie de norma e para submeter-se a uma espécie de norma é preciso tipificá-lo.

O exemplo de que trata DWORKIN (1986, p. 15 et seq.) é ilustrativo. Ali o caso diz respeito a um herdeiro ou legatário que, visando receber sua herança, mata o testador. DWORKIN questiona como o tribunal encarregado do caso deveria proceder. A despeito do assassinato, o testamento continuaria válido e, portanto, o assassino viria finalmente a beneficiar-se de seu ato ilícito? Bem, no direito romano-canônico de distintos países europeus, latino-americanos ou asiáticos, a hipótese é tratada tradicionalmente em regras específicas (no Brasil o caso já era previsto no Código Civil de 1916, art. 1.595, I, e continuou previsto no Código Civil atual no art. 1.814, I). O tribunal citado por DWORKIN, à falta da regra expressa no direito americano, resolveu aplicar um "princípio": o testamento deveria ser invalidado para que o assassino não se beneficiasse de seu ilícito (regra também tradicional no direito romano: "*nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*").

DWORKIN afirma que a diferença entre o principio aplicado (*ninguém pode invocar a seu favor a própria torpeza*) e as regras explícitas sobre o testamento está em que o princípio seria aplicado por ponderação e a regra seria aplicável por um juízo mais simples, do tipo: *a norma é válida* e, pois, aplicável, ou *a norma é inválida* e, pois, inaplicável[2].

Não é isso o que de fato ocorre. Na verdade, tanto regras quanto princípios para serem aplicados dependem de algo mais: trata-se daquilo que muito acertadamente Karl ENGISH (1979) chamava de "construção da premissa menor". Essa premissa menor é aparentemente apenas a descrição de um fato. O raciocínio jurídico seria esquematicamente o seguinte: Premissa maior = norma (matar alguém – pena de 20 anos de reclusão); premissa menor = fato (*A* matou *B*); conclusão (subsunção) = *A* sofrerá a pena. ENGISH destaca com relevo que a premissa menor nunca é dada pura e simplesmente para o jurista. Ela deve ser construída e para isso serve, por exemplo, o processo judicial, para estabelecer o juízo contido na menor (A matou B). Ora, nesse juízo aparentemente simples, o que está em jogo verdadeiramente é um juízo (predicar que A matou B) e esse juízo tem um caráter constitutivo e não meramente descritivo. Quando se diz que *A matou B*, em termos jurídicos, diz-se que A matou B no *sentido* que interessa para a lei. Assim, pode ser que de fato um ato de A tenha causado imediatamente a morte de B, mas esse ato pode ter sido praticado em legitima defesa, ou B pode ser tido como incapaz, ou qualquer outra circunstância pode ter ocorrido. Nesses casos, a afirmação fática *A matou B* não significa que A matou B no sentido da lei penal. Logo, apesar de um ato de *A* ter provocado a morte de *B*, a conclusão final do juízo será que *A não matou B no sentido legal*, logo A não sofrerá pena alguma.

É isto que ENGISH (1979, p. 70) esclarece:

> "Se agora procurarmos a fundamentação da concludência na heurística jurídica, verificamos que o centro da gravidade desta fundamentação reside na chamada premissa menor – no nosso exemplo, portanto, na proposição: 'A é assassino'. (...) Para a natureza da menor, é indiferente que a maior seja concebida como categórica ou hipotética. Na menor se acha a já muitas vezes mencionada subsunção. Mas não só nela. Pois que, em regra, com ela se encontra estreitamente conexa uma verificação de factos, isto é, dos factos que são subsumidos. *A proposição: 'A é assassino', contém, pois, tanto a verificação de que A praticou aquilo que, do ponto de vista jurídico, é assassinato, como ainda o enquadramento dos factos verificados no conceito jurídico de assassinato"* [ênfase minha].

O mesmo problema é apontado por MACCORMICK (1995, p. 92 et seq.) ao dizer que o juízo jurídico lida com fatos primários e fatos secundários. Diz ele que há problemas de fatos primários no que diz respeito à reconstrução de eventos. As pessoas

podem aceitar que existe uma lei sancionando o adultério, diz o seu exemplo. Podem, porém, discordar (a) sobre os eventos, sobre se A realmente cometeu algum dos atos que constituem o adultério. Nessa fase, discute-se a reconstrução dos eventos passados. Além disso, as pessoas podem até concordar em que certos atos foram praticados ou certos eventos ocorreram, mas discordam (b) da sua "classificação" dentro do tipo (ou da classe) a que se refere a lei. Nesses termos, o julgador fica diante de uma questão de fatos secundários, ou seja, a respeito de saber se os fatos ocorridos são fatos que contam para a regra (que chama de *questões de classificação*). E na mesma fase podem surgir dúvidas (c) quanto à extensão dos termos da lei (o que chama de *questões de interpretação*). Mesmo assim, ele reconhece que não há nenhuma distinção lógica real (*genuine*) entre os problemas de classificação e de interpretação (p. 95). Um juízo de classificação e um juízo de interpretação são logicamente a mesma coisa. Classificar significa dizer que certo fato, evento, conduta ou indivíduo está contido em uma classe definida em uma regra; interpretar significa dizer que a classe (o termo referente à classe) inclui um fato, evento, conduta ou ser que se apresenta diante do sujeito.

Pontes de MIRANDA (1970) também chega ao ponto central da questão, quando trata da aplicação do direito. É necessário determinar os fatos, saber se aconteceram ou não. É preciso também "definir" os fatos, ou seja, determinar o sentido da norma, sua extensão e significado para saber do que trata. Finalmente, diz ele, é preciso "classificar" o fato, ou seja, saber se é da classe dos fatos determinados pela norma, ou, na sua linguagem, se a norma incide sobre os fatos.

> "Quando o suporte fáctico suficiente ocorre, a regra jurídica incide; e conduta humana, de tal maneira que trate o fato como se não houvesse incidido a regra jurídica, leva a duas operações indicativas de suma importância para a vida: a) a da definição do fato ou fatos componentes do suporte fáctico, e prova de que esse ocorreu; b) a da sua classificação segundo a regra jurídica, a respeito da qual alguém procede como se ela não houvesse incidido. As duas operações são o essencial da aplicação do direito."(p. 17)

Muito embora Pontes de MIRANDA afirme que a generalidade não é uma característica essencial das leis, mas apenas o fruto da evolução humana, quando explica o que se passa no pensamento jurídico não se recusa a dizer que as normas são, normalmente, gerais e que descer da sua generalidade abstrata para sua aplicação concreta é o que cria o fato jurídico propriamente dito. A abstração da lei trata os fatos como classes de fatos, ainda que haja classes de um fato só, a classe do fato sozinho.

> "Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que as regras jurídicas – isto é, normas abstratas – *incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os 'jurídicos'. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre fatos que se passam no mundo, pôsto que ai os classifique segundo discriminações conceptuais. Só excepcionalmente a lei cogita de um só caso, sem que êsse caso seja, sozinho, a sua classe." (MIRANDA, 1970, p. 6).
>
> "A incidência das regras jurídicas é sôbre todos os casos que elas têm como atingíveis. Nesse sentido, as regras jurídicas são de conteúdo determinado, e não se poderia deixar ao arbítrio de alguém a incidência delas, ou não. A regra jurídica distingue-se, pois, da arbitrariedade; e a aplicação mesma não pode ser arbitrária, pôsto que possa ser, de *iure condito*, errônea." (MIRANDA, 1970, p. 6).

Em sentido semelhante, acrescenta que as regras jurídicas incidem sempre sobre todos os casos. Os casos, porém, não são os fatos, pois são uma conceitualização conti-

da nas regras, como visto acima. Ora, pode dar-se um problema na aplicação da norma. A esse problema, Pontes de MIRANDA chama de aplicação injusta, que decorre (1) de interpretação inesperada, ou (2) de classificação inadequada do fato.

> "A causação, que o mundo jurídico prevê, é infalível, enquanto a regra jurídica existe: não é possível obstar-se à realização das suas conseqüências; e a aplicação *injusta* da regra jurídica, ou porque se não haja aplicado a regra jurídica, com a interpretação que se esperava, ou porque não se tenha bem classificado o suporte fáctico, não desfaz aquele determinismo: é o resultado da necessidade prática de se resolverem os litígios, ou as dúvidas, ainda que falivelmente; isto é, da necessidade de se julgarem os desentendimentos à incidência." (MIRANDA, 1970, p. 18).

Ora, tanto regras quanto princípios defrontam-se com classificação ou interpretação. Falar que um legatário que assassina o testador é um caso de uso da própria torpeza em benefício próprio, que é violação da regra básica da boa-fé, impõe tanto no caso de um princípio, como no caso da regra, um juízo. Evidentemente há regras mais específicas e regras menos específicas, mas sempre é necessário *verificar* (realizar um juízo de classificação) a pertinência do caso à classe. É por isso que diversas vezes MACCORMICK (1995) nega que os princípios sejam essencialmente diferentes das regras. O uso da analogia, diz ele (p. 155), existe sempre nos juízos sobre fatos ou indivíduos, já que a analogia no direito é usada para levar a uma decisão em casos em que a regra não é expressamente aplicável. Dizer que regras se aplicam tudo-ou-nada e princípios se aplicam por ponderação é, na verdade, usar a palavra ponderação e peso de forma meramente metafórica. Os princípios são apenas regras mais gerais. E essa observação de MACCORMICK, que é um escocês, portanto familiarizado com a maneira de pensar do sistema de direito romano-canônico, esclarece por que desde sempre nessa nossa tradição sabe-se que a falta de uma "regra', nos termos de DWORKIN, sempre permite a aplicação de um "princípio", ou seja, uma outra regra mais geral ou mesmo pressuposta.

Tanto as regras como os princípios dependem também de determinações de sentido que não se podem dar senão em circunstâncias específicas. Esse processo de tensão entre as normas, por definição (e não por acidente) genéricas, e os fatos, por definição (e não por acidente) específicos, faz com que o sentido das regras se defina ao longo de sua aplicação. Esse processo dá-se com qualquer norma, ou seja, tanto no caso de princípios quanto no caso de regras (os termos usados por DWORKIN). Richard HARE (1996, p. 62-66) esclarece justamente esse ponto quando diz que os princípios que podem ser ensinados têm caráter provisório (e geral, digo eu) que vai-se estabelecendo à medida que se vão aplicando. A aplicação dos princípios gera sua especificação. HARE usa a palavra princípio para abranger as regras e os princípios de Dworkin, ou seja, os comandos, preceitos ou máximas práticas.

> "Todas as decisões, exceto as que são completamente arbitrárias, se é que existem, são, em certa medida, decisões de princípio. (...) Suponha que temos um princípio para agir de certa forma em determinadas circunstâncias. Suponha, depois que nos deparamos em circunstâncias que se enquadram no princípio, mas que têm determinadas características peculiares, não encontradas antes, que nos fazem perguntar 'Pretende-se realmente que o princípio abranja casos como este ou ele *está especificado incompletamente* – temos um caso pertencente a uma classe que deve ser tratada como excepcional?" (HARE, 1996, p. 68) [ênfase minha].

A aplicação – ou seja, a decisão segundo normas, preceitos, máximas, regras ou prin-

cípios – é sempre uma especificação. Não pode ser diferente, já que regras ou princípios são sempre genéricos, relativos a classes e tipos e não relativos a eventos e indivíduos singulares (ou não seriam regras) (cf. WITTGENSTEIN, 1991, p. 87, 92, parágrafos 199, 224-225). A generalidade da lei impõe necessariamente que nos casos individuais haja um esforço de determinação, mas de determinação não arbitrária, senão outra vez por princípios. É por isso que a decisão (por eqüidade) no caso é "uma espécie de justiça", diz ARISTÓTELES (1973), consistente em aplicar, nos casos de indeterminação da lei, aquilo que o legislador faria se estivesse no lugar do julgador . E é isso exatamente que o Código Civil suíço manda o juiz fazer em caso de lacuna: preenchê-la como se fosse o legislador, isto é, aplicando preceitos que estejam em consonância com o restante da legislação.

Esse processo de determinação das circunstâncias é que me parece ser exatamente o mesmo tanto para as regras quanto para os princípios. Em outras palavras, o recurso aos princípios não elimina o trabalho mental exigido para a aplicação das regras. E as regras não se aplicam tão claramente da forma tudo-ou-nada. Uma regra pode perfeitamente ser válida, ser levada em consideração pelo julgador e ser afastada em um caso concreto porque os fatos – as circunstâncias – que são transformados em premissa menor não se consideram do tipo ou da classe prevista na regra. Isso mesmo pode acontecer quando se tratar de princípios: são os fatos e suas circunstâncias que vão determinar se um princípio é o adequado para a solução do caso.

Logo, não se pode simplesmente dizer que os princípios podem chocar-se sem que seja necessário retirá-los do ordenamento enquanto as regras não podem chocar-se. Trata-se, a meu ver, de afirmação imprecisa. O choque ou contradição das regras deve ser resolvido em primeiro lugar pela investigação dos fatos. Determinadas as diferenças entre os casos, as regras aparentemente contraditórias convivem no ordenamento porque seus âmbitos de validade material são distintos. Convivem aplicando-se a objetos diferentes. Ocorre, porém, que é necessário saber se os casos que estão sob apreciação são os mesmos ou não. O juízo sobre o caso – o juízo da premissa menor – é, portanto, o objeto central da controvérsia jurídica. E a solução dessas controvérsias não é dada saltando-se de regras para princípios.

No exemplo dado por DWORKIN, o princípio aplicado para anular o testamento – ninguém pode valer-se de sua própria torpeza – foi usado no lugar de outro princípio: o de que as disposições válidas (os atos jurídicos perfeitos) devem ser executadas. Mas o que fez que se afastasse um princípio em lugar de outro? Foi a construção da menor: foi a determinação dos fatos, do fato básico que estabeleceu que o legatário havia assassinado o testador. Ora, realizar esse juízo tem exatamente a mesma natureza de qualquer outro juízo a respeito de qualquer fato que se submeta a decisão jurídica.

O juízo de subsunção, tão típico do direito, é tão problemático quanto qualquer juízo. Trata-se sempre de considerar ou subpor um caso individual a um tipo geral. Subsunção "é o enquadramento da situação concreta na classe dos casos" (ENGISH, 1979, p. 78). A subsunção "fundamenta-se na equiparação do novo caso àqueles casos cuja pertinência à classe já se encontra assente" (ENGISH, 1979, p. 79). Isso é típico de qualquer juízo. Reconhecer uma mula quando se vê uma e chamá-la adequadamente de mula é problema dessa natureza: é inserir um indivíduo em uma classe.

Há, claro, uma diferença importante no direito: o fato concreto (individual) já é em si, não poucas vezes, um fato de natureza normativa. Saber da validade de um testamento não é saber da existência de uma mula: a mula tem uma existência factual diferente da existência factual do testamento. O fato jurídico é sempre um fato instituído. Uma convivência entre homem e mulher não é necessariamente uma forma de matri-

mônio: fatos instituídos requerem a existência de normas e de intenções cristalizadas em normas. O matrimônio tem existência conexa aos fatos, mas também distinta dos fatos da pura convivência. Uma outra diferença é que a criação de fatos jurídicos (institucionais e normativos) dá-se por meio de ação humana ou pelo menos de interpretação humana das ações alheias ou dos fatos. Diferentemente das coisas que existem fora dos sujeitos, os fatos jurídicos são interpretações de fatos.

Fazer juízos de fato sobre fatos jurídicos é, pois, algo semelhante a qualquer juízo, ou seja, é adequação do singular ao universal, do indivíduo à classe, e é também algo diferente, pois tanto o indivíduo quanto a espécie têm natureza prescritiva e interpretativa, antes que exterior ou factual simplesmente. Ora, o juízo de subsunção de um caso tanto a uma regra quanto a um princípio é semelhante. Trata-se de um juízo normativo ou prescritivo em qualquer dos casos.

1.3. Princípios em sentido próprio

Uma diferença entre princípio e regra pode, porém, ser estabelecida quando se afirma que os princípios são as regras superiores, das quais outras regras dependem[3]. Nesses termos, sim, pode-se aceitar a diferença de princípios e regras. Nesse caso, no entanto, é preciso ainda assim aprofundar a análise para não cometer impropriedades mais grosseiras.

Quando se diz que os princípios são regras mais gerais e superiores é preciso determinar-se que os princípios são como que regras constitutivas de um campo (SEARLE, 1995). Isso vale em todos os campos do saber. Campos de discurso e de práticas discursivas são constituídos por regras. Alguns exemplos de princípios jurídicos verdadeiramente fundamentais podem ser dados. O *princípio da isonomia* é dessa natureza e o *princípio da boa-fé* também. Quando os olhamos de perto, vemos que são princípios não apenas jurídicos, mas também morais: são princípios de toda reflexão sobre a ação de um sujeito consciente. São princípios morais e jurídicos porque são universalizáveis, não são simples preceitos de interesse para o sujeito.

Esclareço mais este ponto. O princípio da isonomia é princípio em sentido próprio da palavra princípio. Princípios são pontos de partida não demonstráveis e não demonstráveis porque evidentes. Não se trata de serem indemonstráveis porque requeiram fé, uma crença irracional em alguma coisa, ou a submissão à autoridade alheia, ou uma submissão à "dogmática" porque não há outro jeito. Os princípios são indemonstráveis porque são os pontos de partida para além dos quais não há o que demonstrar. Os princípios são *inteligíveis*, mas não demonstráveis. Nos pontos de partida encontramos sempre *definições* ou *hipóteses*, isto é, a afirmação do que é uma coisa, ou a presunção de existência de alguma coisa. Quando se define não se demonstra: estipula-se, exceto se a definição for de caráter léxico. Definição léxica é uma resenha da forma de usar uma palavra. Se uma palavra tem vários sentidos, seu uso deverá ser definido (determinado, de-finido) pelo sujeito que a vai usar. Também é possível formular uma hipótese e a partir dela continuar o raciocínio: enquanto a hipótese for mantida, as conseqüências da hipótese podem ser admitidas. Essas coisas não se demonstram, apenas se entendem, já que a demonstração exige sempre um ponto de partida dado para se chegar a outro ponto (raciocínio). Uma definição não se demonstra, explica-se. Se alguém não entende a definição, o bom professor a converte, reelabora, mas não a demonstra, não pode proceder de outro ponto para chegar a ela.

Nessa esteira de idéias, a isonomia é um princípio verdadeiro do direito. Regras são sempre preceitos de igualdade. Como disse WITTGENSTEIN (1991), não é possível um exemplo de uma coisa só, uma vez só: não é possível que só uma pessoa tenha seguido uma vez só na vida uma regra. A noção de

regra implica a de igualdade e de repetição. É da natureza das regras sua referência à igualdade. Assim, ao dizer ou definir regra, diz-se ou se define preceito para atuação em casos iguais. Qualquer pensamento segundo regras é, portanto, pensamento a partir da igualdade. Nesses termos a igualdade e o tratamento isonômico estão implicados no sistema jurídico. Ou se entende isso, ou não se entende o que é uma regra. Uma vez entendido o que é regra, é possível então chegar a outras conclusões. Toda vez que se encontrar uma contradição com o princípio da igualdade, está-se diante de uma antinomia a ser sanada ou removida. Como diz CANARIS (1996, p. 207) com propriedade, "contradições representam uma violação da regra da igualdade à qual tanto o legislador como o juiz estão vinculados". Ao falar de igualdade, porém, não se fala necessariamente em igualdade universal e homogênea. Crianças e adultos são iguais em algumas coisas e desiguais em outras e mesmo os sistemas mais liberais e democráticos não estenderam às crianças a capacidade de exercício de todos os direitos. Há vários sistemas sociais não-democráticos, em que as igualdades não são universais. Mesmo assim, se são sistemas de regras, há casos de igualdades reconhecidas e explicitadas, de modo que dentro das diversas classes deve haver igualdade. Enfim, o princípio da igualdade é um princípio propriamente dito: ou se entende o que é igualdade (e, portanto, regra) ou não se pode avançar nas conclusões sobre a aplicação das regras. A democratização social consiste justamente no desenvolvimento da igualdade para esferas cada vez mais largas e a restrição às desigualdades aceitas.

Outro princípio claro é o da boa-fé. Em síntese, o princípio da boa-fé diz que a mentira, o engano, a ocultação de fatos e a fraude, por exemplo, não podem obrigar, não podem ser regras ou pontos de partida. Ele explícita, na esfera das ações interpessoais, o princípio da identidade e da não-contradição: não se pode ter um sistema de signos que signifiquem simultaneamente coisas opostas ou distintas; não se pode raciocinar se um termo significar simultaneamente uma coisa e seu contrário; não se pode entrar em relação com outro ser humano se ele puder afirmar e negar simultaneamente uma coisa, fazer uma promessa e descumpri-la. Isso é compreensível e evidente: pode ser explicado, mas não demonstrado. Uma vez entendida a boa-fé, dela se extraem diversas conseqüências em diversos campos. Várias regras específicas são concretizações do princípio da boa-fé.

Esses princípios são regras muito genéricas de uma ordem normativa porque são, de fato, seus pontos de partida no sentido próprio, ou seja, as condições de possibilidade do discurso normativo[4]. Não seria possível falar-se de regras se elas não fossem universais e, portanto, não fossem aplicáveis a todos os casos iguais: se os casos não se constituíssem em classes de casos. Isso é óbvio e vazio, formal e abstrato como é formal e vazio *o princípio* de identidade ou de não contradição. Só é possível raciocinar se para cada coisa, ao longo do raciocínio, o sujeito usar um termo univocamente. Se o termo for usado plurivocamente ou equivocamente já não é possível raciocinar (embora seja possível fazer poesia, pois a poesia depende em boa parte de predicações impertinentes, como diz Ricoeur). Ora, a universalidade das regras implica a isonomia. Dizendo-se isso, diz-se o óbvio, mas também se determina um campo. Qualquer aplicação de regras que não consiga mostrar o critério de igualdade que usou, ou se tiver medo de discutir o critério de igualdade utilizado, peca no essencial e mostra o caráter arbitrário da decisão.

Há outros sentidos para a expressão *princípio jurídico*, ou princípios gerais do direito ou do ordenamento, entre eles o de finalidades gerais ou de comandos teleológicos ou normas finalísticas[5]. Esses sentidos podem ser atribuídos aos princípios sem precisar fazer-se uma diferença lógica entre a aplicação de princípios e regras. A

diferença entre um princípio finalístico e um princípio axiomático ou uma estipulação é de outra natureza. Em torno disso haveria muito o que dizer, mas não se trata, neste momento, do objeto dessas notas cujo propósito é apenas o de mostrar que a invocação de princípios em um julgamento não altera substancialmente o processo mental utilizado por qualquer julgador ou sujeito deliberante caso ele fizesse apelo a normas ou regras de conduta.

2. A tradição hermenêutica que Dworkin não menciona

A tese de Dworkin que fez tanto sucesso padece no entanto de alguns defeitos a serem considerados.

O primeiro deles, mais de estilo que de método talvez, fica evidente para qualquer leitor não norte-americano do seu trabalho. Uma consulta rápida aos clássicos do pensamento jurídico europeu mostra que várias das dúvidas e dos problemas que assaltam DWORKIN já foram enfrentados. Assim, por exemplo, sua idéia de que o juiz, ao decidir os casos, deve proceder com certo respeito a "princípios" que dão forma a toda o sistema jurídico é uma expressão da boa e velha fórmula, tradicional desde os medievais, da interpretação sistemática. Pressupunham eles que as regras deveriam ter algum sentido que fosse relacionado com a totalidade do *Corpos luris* e que não se tratava de indagar apenas da aplicação localizada de uma lei. Interpretação sistemática quer dizer que toda vez que aplica a mais específica das regras jurídicas (imaginemos um artigo de uma portaria do juiz corregedor do foro) o jurista está, na verdade, aplicando todo o ordenamento jurídico: já deverá ter verificado que tal regra procede de autoridade competente, que não contraria regras superiores e assim por diante. Aplicar uma regra qualquer é sempre aplicar todo o ordenamento. Logo, não há, na tese de Dworkin, nenhuma novidade extraordinária, pelo menos para os juristas não-americanos[6]. A novidade está apenas em provocar outra vez um debate filosófico importante.

Olhada ainda com mais atenção, a proposta de Dworkin ignora toda a tradição da hermenêutica, jurídica e não-jurídica, produzida fora do âmbito norte-americano. Assim, problemas de interpretação, também tradicionais para os juristas não-americanos, parecem ser absoluta novidade na exposição de Dworkin. Qual o jurista que não ouviu falar dos métodos interpretativos históricos? Qual o jurista que não ouviu falar da interpretação literal e dos respectivos métodos de análise textual? Quem não ouviu falar da interpretação sistemática, cuja característica é inserir a norma no contexto de todas as outras normas? E qual o jurista que não ouviu falar que a boa interpretação leva tudo isso em consideração? Mais importante ainda, o desenvolvimento da hermenêutica filosófica na segunda metade do século XX constituiu um importante marco intelectual, aprofundando as tarefas, métodos e recursos de toda interpretação. H. GADAMER (1988, p. 292-293), um dos representantes mais exemplares dessa tradição, tem longos trechos de seu *Verdade e método* descrevendo o método dos juristas ao lado dos métodos da hermenêutica bíblico-teológica e chamando nossa atenção para a relevância destas duas áreas tradicionais da hermenêutica.

> "A hermenêutica jurídica é capaz de destacar qual é o verdadeiro procedimento das ciências humanas. Temos aí o modelo para a relação entre o passado e o presente que estamos procurando. O juiz que adapta o direito recebido às necessidades do presente está sem dúvida tentando realizar uma tarefa prática, mas sua interpretação da lei não é absolutamente, por causa disto, uma interpretação arbitrária. Novamente, aqui compreender e interpretar significa descobrir e reconhecer um significado válido. Ele procura descobrir a 'idéia jurídica' de uma lei

ligando-a ao presente. É claro que se trata de um vínculo jurídico. É o significado jurídico da lei, e não o significado histórico da promulgação da lei ou dos casos particulares de sua aplicação que ele está tentando compreender." (GADAMER, 1988, p. 292-293).

De toda maneira, como diz Charles TAYLOR (1989) com propriedade, certos debates importantes na filosofia de língua inglesa ressentem-se de um certo provincianismo por se restringirem justamente a certa concepção de mundo que não abrange toda a produção cultural do "ocidente". Referindo-se ao importante debate entre comunitaristas e liberais, TAYLOR (p. 182) ressalta: "A discussão, até o presente momento, sofreu de certo provincianismo. Ela deve enfrentar-se com o mundo real da democracia liberal, para fazer eco a um de meus compatriotas, cuja maior parte encontra-se fora das fronteiras dos Estados Unidos". Na mesma linha, mostrando um certo provincianismo dos estadunidenses, Höffe ressalta que os comunitaristas estadunidenses não citam uma vez sequer um autor cuja obra mais importante – e de influência internacional – dedicava-se justamente à comunidade: Ferdinand Tönnies. Por causa disso, várias questões que já dispõem de um bom quadro analítico são tratadas outra vez do ponto zero (HÖFFE, 1998, p. 168).

Estas são, no entanto, apenas considerações de estilo, como observado, mais do que de método. As muitas indagações de Dworkin são velhas conhecidas dos juristas não-norte-americanos e talvez por isso mesmo ele tenha sido lido e discutido fora dos Estados Unidos da Inglaterra.

O que seria relevante na tradição hermenêutica pouco ou nada mencionada por Dworkin? A palavra-chave para essa resposta está na idéia de *sentido*. De fato, toda interpretação é a busca do sentido, a compreensão dos termos em função de um sentido. Sim ultaneamente toda interpretação pressupõe um sentido: ao buscar um sentido, pressupõe que ele exista. O sentido só pode ser percebido de uma perspectiva interna, de primeira pessoa, pois o sentido prático (normativo, guia da ação) só se descobre de dentro, não de fora. De fora descobrem-se regularidades, de dentro descobrem-se sentidos. Ora, isso foi tradicionalmente explorado na tradição hermenêutica também com o ideal da própria unidade. Há unidades de sentido e todo 14 texto tem um sentido que lhe dá unidade. Quando se falava do legislador (espírito do legislador), quando se falava do espírito da lei e assim por diante estava-se a falar de uma unidade de sentido. Na teoria de Kelsen, a norma fundamental dá o sentido ao sistema, pois é a partir dela – tomando-a como critério ou medida – que se predica toda outra situação normativa. Da mesma maneira, a tese da "resposta correta", ou a "integridade" (no célebre exemplo da "chain novel", romance em cadeia) de DWORKIN são as unidades de sentido. A resposta correta é pressuposta: sem que se acredite na resposta correta não há como começar a buscar a resposta correta, ou melhor, não há como confrontar as repostas possíveis com a resposta correta ideal pressuposta. A aceitação de que há uma comunidade política e que tal comunidade política não é meramente contingente na história, produto cego de forças sociais, mas uma comunidade de sentido, fornece aos juízes e intérpretes em geral o critério da unidade de sentido (cf. BONARINO, 2002, p. 176-177).

Os problemas mais conceituais aparecem, a meu ver, em pontos de natureza realmente conceitual. Para isso é preciso ver quais as intenções de Dworkin e qual o sentido mais geral de seu projeto teórico.

3. O projeto jurídico-moral de Dworkin

Dworkin quer dar uma definição de direito que una conceitualmente coisas que se haviam diferenciado ao longo dos últimos tempos: o direito e a moral. Creio que parte essencial do projeto de DWORKIN é afir-

mar, como faz em um de seus textos, que existem *direitos morais* ao lado de *direitos legais*. Afirmar que das regras morais decorrem direitos, isto é, faculdades que podem ser exigidas pelos respectivos titulares, quer dizer que em algum lugar, mais especialmente no ponto de partida, direito e moral se unem. Os direitos morais, sendo fundamentais, não podem ser afastados de modo muito fácil dos direitos atribuídos pela legislação.

Esse projeto de Dworkin é nobre e sensato, sem dúvida alguma. E a forma de expô-lo é atraente e competente. Mas, outra vez, não parece totalmente original. De fato, nesses termos, a tese de Dworkin pode reportar-se à boa e velha doutrina kantiana do direito. Como é de todos sabido, o direito, para KANT (1995), encontra-se com a moral na esfera dos princípios primeiros da razão prática. Um postulado de toda a ética kantiana é a autonomia e a dignidade dos sujeitos. Falar de moral é falar de um universo de fins que só pode ser imaginado entre os sujeitos humanos, livres e autônomos. A vida moral é típica de sujeitos capazes de reflexão (crítica e autônoma) e, em função da reflexão, capazes de decidir e agir. KANT afirma ainda que há um só direito natural, ou faculdade natural que pode gerar direitos, ou seja, regras heterônomas: trata-se da *liberdade*. Não é a vida o primeiro direito natural, pois a vida é apenas o pressuposto fático da existência dos sujeitos. A liberdade, porém, é uma faculdade – dos seres humanos vivos, *ça vat sans dire* – que pode ser reflexivamente convertida em objeto de regras. O direito é o sistema de regras que permite as liberdades recíprocas e simultâneas. O direito é, pois, em última instância, fundado na moral. Para seres incapazes de moral não pode haver direitos: para seres capazes de moral, o sistema jurídico parte da mesma idéia que funda a moral, ou seja, a liberdade. Assim, a tese de Dworkin pode ser reportada à tradição kantiana. Sua originalidade, se quisermos, está em afastar o senso comum que havia (1) cindido moral e direito de forma simples e (2) invocado como patrono dessa cisão o filósofo de Königsberg[7].

Um segundo propósito do programa teórico de DWORKIN é o de legitimar as decisões interpretativas do direito. Nesse sentido também ele tem razão: todo ato de aplicação é um ato de interpretação que é, por sua vez, ato de criação do direito. Inserida no seu programa interpretativista, a tese ganha destaque, mas também não é nada que os juristas europeus e latino-americanos já não tivessem dito. O próprio KELSEN, tomado como o mais exemplar representante do positivismo, diz expressamente que todo ato de interpretação e de aplicação é ato de criação do direito. À diferença de Dworkin, naturalmente, KELSEN diz que esse processo de aplicação e criação está fadado a ser algo incontrolável por qualquer método *científico* e com isso joga a interpretação e a aplicação para um limbo de (ir)racionalidade. DWORKIN pretende, entre outras coisas, salvar a racionalidade desse processo dizendo exatamente que a racionalidade da aplicação das regras precisa ser completada por uma *ponderação de princípios*. A aplicação ponderada de princípios é uma tarefa racional de justificativa.

Esse segundo tema de Dworkin parece perfeitamente compatível com as grandes reformas sociais que os norte-americanos tiveram de fazer sem mexer na sua constituição. Tiveram que incorporar direitos mínimos (como os direitos de integração ou da não-discriminação racial) sem alterar a constituição federal e sem confessar abertamente que pelo menos desde o final da guerra de secessão e da emenda constitucional XIV haviam vivido um paradoxo para qualquer democracia moderna: sustentar institucionalmente a licitude (constitucionalidade) de regimes de *apartheid* explícito em vários estados da União. Esse segundo tema serviu também para todos os outros juristas que se viam diante de tarefas semelhantes em outros lugares especialmente após a guerra mundial de 1939-1945. Na Alemanha do

pós-guerra e um pouco em toda parte nas duas décadas seguintes ao conflito mundial e ao fim do nazismo, conheceu-se um "renascimento" do direito natural (apoiado em uma filosofia idealista dos *valores*). Trata-se, creio, da contrapartida americana com a diferença de que o projeto de Dworkin é claramente moderno e crítico, enquanto o movimento alemão, que muito cedo foi suplantado, era idealista não propriamente crítico, culturalista e com tons conservadores. Apelava para valores como para objetos, sem maior interesse pela análise do processo propriamente lógico de sua aplicação.

O atrativo das propostas de Dworkin, porém, não pode impedir que seus limites sejam examinados. E seus limites encontram-se, a meu ver, justamente na afirmação de que há entre princípios e regras diferenças nos próprios critérios de aplicação. Essa afirmação torna-se tanto menos adequada quando se imagina que a aplicação de princípios abre, para os aplicadores do direito, as portas da "criatividade", dando a entender que os princípios são afirmações genéricas de intenções e que cada um está autorizado a ter os seus. Certamente não é essa a intenção de DWORKIN, que escreve expressamente para afirmar, a partir de concepções morais fundamentais, que os princípios funcionam como unificadores da interpretação. Mesmo assim, da maneira como o assunto vem sendo tratado por muitos, e como vem sendo vulgarizado no discurso jurídico, a ressalva é necessária.

Da maneira como alguns usam a expressão princípio e sobretudo da maneira como a aplicam mostram perigos para a vida democrática e para as liberdades. No caso do direito constitucional, isso é particularmente evidente. Fala-se de princípios constitucionais para coisas muito diferentes[8]. A isonomia (igualdade perante a lei) tem uma natureza bastante diferente da eficiência na Administração (art. 37, *caput*), ou da pessoalidade e da capacidade econômica do contribuinte (art. 145, parágrafo primeiro) e assim por diante. Por que isso? Bem, porque na verdade as constituições contemporâneas são a rigor um repositório de regras de distribuição. As regras de distribuição determinam o que é o seu de cada um e criam certas "esferas de justiça". Na esfera da contribuição para a manutenção do Estado, a regra adequada é a capacidade econômica: quem mais tem mais contribui. Na esfera da obtenção dos benefícios sociais, a regra pode ser contrária: quanto menor a capacidade econômica, maior o benefício. As regras são contraditórias? Não se observarmos que se dirigem a "esferas" distintas, ou melhor, que criam esferas distintas. De toda maneira, as regras constitucionais distribuem poder e posições sociais e as distribuem desigualmente em função de ou tendo em vista certos objetivos. Algumas distribuem de maneira universal e igual certas posições: por exemplo, a que garante a liberdade e a autonomia de qualquer sujeito de direito (pessoa humana) no que diz respeito ao gozo dos direitos. Outras permitem que os sujeitos sejam (e devam ser) diferenciados. Por exemplo: menores de 16 anos não votam. Significa que não têm direitos ativos na esfera política (dos mecanismos de deliberação sobre as coisas coletivas e das decisões coletivizadas). Menores de 16 anos precisam de "representantes" legais, pois não podem por si exercer seus direitos. Os exemplos poderiam ser multiplicados, mas a idéia importante é que nas Constituições o que se chama muitas vezes de princípios são na verdade regras de distribuição.

Essas regras de distribuição exigem, tanto quanto as regras da comutação (a da troca das posições e direitos), aplicação. Mas aplicá-las é diferente não porque sejam logicamente coisa diferente de outras regras, mas porque o objeto e o conflito sobre o qual incidem é estruturalmente diferente. Esta é, a meu ver, a verdadeira diferença. Naturalmente, regras dessa natureza têm precedência sobre as regras de comutação (troca), porque só se pode trocar aquilo que já foi distribuído, individualizado. Mas nem sempre a disputa é sobre uma troca. Muitas ve-

zes, sobretudo na esfera do direito constitucional, a disputa é sobre a distribuição. Ora, nas disputas distributivas, uma das coisas mais importantes é justamente a necessidade de observar a classe inteira dentro da qual se dá a distribuição. A decisão de um conflito distributivo atinge a todos os que pertencem a uma classe. O exemplo mais óbvio é o das disputas entre sócios: a mudança na posição de um (ou de uma classe de sócios) afeta a posição dos outros. Cada sócio que disputa com a sociedade disputa necessariamente com todos os outros sócios. Assim, uma ação proposta contra a sociedade é um ação proposta contra todos os outros. Essa é a razão de ser de regras que exigem unanimidade para certos casos, ou as regras que permitem que a maioria volte atrás em suas decisões quando a minoria resolver exercer seu direito de retirada.

Ora, essas questões distributivas pressupõem, naturalmente, discussões éticas. Discussões éticas podem ser feitas dentro de parâmetros de racionalidade. Não é por acaso que o mesmo DWORKIN se envolve em várias dessas discussões, mostrando que a aplicação do direito pressupõe a consciência do caráter moral em última instância do que se está julgando. Sua obra é repleta de debates sobre a discriminação racial, o direito ao aborto, a defesa dos homossexuais, a defesa da liberdade de manifestação de pensamento e assim por diante.

Não se pode dizer que a aplicação de princípios nesses termos, ou seja, a aplicação de regras de distribuição, é mais "flexível", escapa à "lógica formal", é mais "material", permite a "ponderação", etc. Em todos esses casos, ao fazer aplicações dessa forma, quem aplica a regra está apenas tentando escapar da demonstração e da justificação extensa do seu juízo. Seja administrador ou juiz, tenta escapar de uma justificação universal, em nome de "flexibilidade". Não, as regras distributivas (os *princípios*, como dizem muitos) são aplicáveis mas exigem tanto quanto qualquer regra um processo de justificação. Sair disso é cair no gosto, no sentimento e nas boas intenções das pessoas. Sociedades democráticas são, porém, sociedades burocráticas, ou seja, sociedades em que os critérios e aplicação de regras são impessoais e só podem validar-se com apelo a regras universais. Ousaria dizer que aplicação de princípios (regras de distribuição) é ainda mais restritiva e mais difícil, pois, a cada vez que alguém quer aplicar um princípio com alcance assim universal, deve estar disposto a demonstrar que em todos os casos imagináveis o princípio continuará válido. Como a extensão dos termos em princípios gerais é por definição mais ampla, a tarefa de justificação é mais árdua.

Lembro aqui uma afirmação de Cujácio, ao comentar o ofício do juiz e sua relação com a eqüidade, ou seja, aquela virtude que permite que a regra universal seja aplicada ao caso particular: "os juizes são peritos em eqüidade não porque sejam juizes, mas porque são jurisconsultos, porque são peritos em leis e costumes". Não é pelo seu *status* que têm mais perícia na aplicação das leis aos casos concretos: é porque sabem o direito – por conhecerem as leis — que conseguem aplicá-lo.

Conclusão

O argumento e a tese de Dworkin podem ainda ser salvos. Ele mesmo reconhece, de modo um pouco disfarçado, que as diferenças lógicas entre regras e princípios talvez não sejam o mais importante (DWORKIN, 1980, p. 71). Talvez o que realmente importe, segundo o próprio DWORKIN, seja a relação entre princípios e direitos. Assim, direitos subjetivos e fundamentais seriam objeto de princípios e não de normas. Nesse caso, porém, procederia uma objeção feita por MacCormick (1995, p. 259) de que Dworkin está apenas estipulando um uso da palavra *princípio*, e estipulando-o em contrário a seu uso comum, o que pode gerar equívocos. Talvez o que realmente importe

para DWORKIN é tentar demonstrar (ai sim, contra certas versões positivistas mais simples) que os pontos de partida de um sistema jurídico são os mesmos pontos de partida de outros sistemas normativos e, pois, da razão prática em geral. É justamente isso, creio, que pode ser salvo de sua abordagem. Isso, porém, não é sempre o que se discute. Para discutir, nesses termos, a tese de Dworkin, seria preciso postular uma forma qualquer de unicidade da razão prática, ou pelo menos da razão jurídica e da ética. Seria preciso também, como me parece que foi demonstrado por NINO (2003, p. 6), voltar a tratar do discurso jurídico de índole normativa e justificatória, coisa esquecida por boa parte da tradição romano-canônica (continental).

Tudo isso, porém, só faz sentido se admitirmos, como o faz MACCORMICK (1995, p. XVI) no prefácio da edição de 1995 de seu *Legal reasoning and legal theory*, essa união entre ética e direito:

> "Estou convencido, por Robert Alexy (e conseqüentemente por Jürgen Habermas), que uma explicação do discurso prático racional pode ser elaborada derivando-se uma justificativa das instituições jurídicas dos requisitos de uma razão prática em geral, submetendo a razão jurídica completamente aos princípios gerais da racionalidade prática".

A seu modo, no momento de formação do pensamento jurídico ocidental, Bártolo de SASSOFERRATO (1559) afirmava a mesma coisa, a meu ver, com propriedade e síntese: "por isto é evidente que nossa ciência pressupõe a ética, que tem por objeto o bom e o eqüitativo" [9].

Notas

[1]Isso não quer dizer que a língua seja apenas a expressão externa (pelos sujeitos) dos objetos dados (do mundo). Reconheço explicitamente o caráter constitutivo da linguagem, à moda de Wittgenstein, à moda de Searle e de Paul Ricoeur.

[2]"Questo modo di pensare, per la veritá, sembra fondarsi sull'assunzione fallace che l' applicazione delle norme non dia luogo a dubbi o difficoltá, né comporti scelte discrezionali, quase se le norme avessero (sempre o quasi sempre) un campo di applicazione chiaro e ben delimitato, senza margini di incertezza. Si deve obiettare che, al contrario, anche e norme (tutte le norme) soffrono, non meno dei principi, di un certo grado di vaghezza, e che pertanto anche l' applicazione di norme é, nella maggior parte dei casi, discrezionale e controvertibile. Insomma, l' indeterminatezza o elasticitá di formulazione non pare un criterio efficace per distinguere con netezza le norme daí principi, per la buona ragione che é una proprietá largamente comune alle une e agli altri: la differenza, se mai, é questione di grado." (GUASTINI, 1993, p. 449).

[3]Ricardo GUASTINI (1993, p. 449) diz que princípios podem ser normas que fundamentam outras normas de três maneiras: 1) como fundamento lógico (uma norma mais geral contém em si outra norma mais específica); 2) fundamento teleológico (uma norma que indica o fim serve de fundamento a uma norma que determina os meios para aquele fim); 3) fundamento de validade (uma norma dá as condições de competência para que outra norma se produza).

[4]Uso, pois, princípios no sentido próximo ao de axioma ou postulado, sentido rejeitado por Humberto Bergmann de ÁVILA (1999, p. 41). ÁVILA chama de princípios, um pouco na linha de Alexy, as "normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem menor exatidão qual o comportamento devido (...) e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida". Note-se que se ALEXY (1998) usa a expressão principio querendo significar regras que estabelecem fins que se podem alcançar mais ou menos, trata-se de sentido praticamente oposto ao de Dworkin. Para DWORKIN, princípios expressam direitos que não podem ser afastados, têm caráter absoluto (um pouco como os direitos fundamentais ou direitos naturais). Essa distinção entre Alexy e Dworkin precisa ser realçada, pois os dois expressam conceitos opostos e não complementares na esfera da teoria geral do direito.

[5]Essa parece ser a solução adotada por Robert ALEXY (1998, p. 12).

[6]Apenas para citar fontes sintéticas de nossa tradição, vale lembrar Karl Larenz e sua *Metodologia da ciência do direito*, ou no Brasil a obra de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*. É, pois, longuíssima a tradição do direito romano-germânico ou romano-canônico em lidar com questões de interpretação e de princípios. Na filosofia, por outro lado, é enorme a produção contemporâ-

nea em torno da hermenêutica e da interpretação, bastando mencionar dois nomes europeus: H. G. Gadamer, na Alemanha, e Paul Ricoeur, na França. De uma outra forma, mesmo a indispensável filosofia de K. Otto Apel (*A transformação da filosofia*) tem sua dose de hermenêutica. Curiosamente, nenhum deles é jamais mencionado nas bases filosóficas de Dworkin. Conferir também BONARINO (2002, p. 180-182) para uma idéia de quanto a dogmática romano-canônica já elaborou os temas tratado por Dworkin.

[7]KANT (1995) pressupõe que a razão prática também tem a sua metafísica, sua teoria ou filosofia geral. Trata-se da metafísica dos costumes, que é o ponto comum às duas outras formas da razão aplicada à liberdade (prática): a elaboração e a aplicação das leis (doutrina do direito) e a perfeição do sujeito (doutrina da virtude e dos deveres morais). Para uma introdução à tensão entre direito e virtude em Kant, cf. TERRA (1995).

[8]NINO (2003) também acredita que os princípios de que fala Dworkin são princípios morais. Por isso as diferenças que ele aponta não são entre diferentes tipos de normas jurídicas, mas entre diferentes tipos de norma práticas: morais e jurídicas. A confusão de Dworkin, segundo NINO (p. 154), reside justamente em acreditar que essa diferença tem repercussão no raciocínio prático.

[9]"*Ex hoc apparet quod Scientia nostra supponitur ethice, in qua bonum et aequum subjectum est*" (SASSOFERRATO, 1559).

Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón practica*. Mexico: Distr. Fontamara, 1998.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores).

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 1, 1999.

BONARINO, Pablo Raúl. *Objetividad y verdad en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste-Goulbenkian, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1986.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1980.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 5. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 1986.

GADAMER, H. G. *Truth and method*. New York: Crossroad, 1988.

GUASTINI, Ricardo. *Le fonti del diritto e l´interpretazione*. Milano: Giuffré, 1993.

HARE, Richard. *A lnguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HÖFFE, Otfried. *Vernunft und Recht:* Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1998.

KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*. Tradução de V. Rohden e A. Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

MAcCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford Univ. Press, 1995.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 1.

NINO, Carlos Santiago. *La validez dei derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2003.

SASSOFERRATO, Bartolo. *Super lnstitutionum luris Civilis Commentaria*. Lugduni: Sebastianum de Honoratis, 1559. Editada por H. Ferrendat.

SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: The Free Press, 1995.

TAYLOR, Charles. Cross-purposes: the liberal communitarian debate. In: Nancy Rosenblum (Org.). *Liberalism and the moral life*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1989.

TERRA, Ricardo. *A política tensa:* idéia e realidade na filosofia da história de Kant. São Paulo: lluminuras/ Fapesp, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.