

Princípios, regras e a tese dos direitos

Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin

Plínio Melgaré

Sumário

1. Introdução. 2. Princípios, regras e fins – uma breve aproximação conceitual segundo a ótica de Ronald Dworkin. 3. A tese dos direitos. 4. Considerações finais.

1. Introdução

“Princípios do direito, idéias diretrizes, pensamentos jurídicos gerais: eis alguns termos empregados continuamente pela teoria e a jurisprudência sem que jamais se haja procedido a uma análise sistemática de seu respectivo alcance, nem se haja intentado sequer lançar luz sobre a função e procedência dos conceitos neles expressados” (ESSER, 1961, p. 3). Assim, na década de 50, o jurista alemão Josef ESSER iniciou uma obra bibliográfica referencial acerca do tema pensado para este pequeno trabalho.

Por certo que, desde esse tempo até nossos dias, tanto a doutrina quanto a prática dos tribunais têm se debatido com tal assunto. Todavia, posto que muita luz já tenha sido projetada sobre a função e a procedência de seus conceitos e características, a discussão vinculada à temática dos princípios jurídicos se nos aparece atualmente vigorosa e intensa.

Como uma mera nota de circunstância, haveremos de lembrar que a tragédia humana experienciada pela Segunda Guerra Mundial concorreu fortemente nesse caminhar do direito em direção aos princípios, evidenciando que o afivelar da jurisprudên-

Plínio Melgaré é Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, professor nas faculdades de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Faculdade São Judas Tadeu, palestrante na Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul e na Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

cia ao logicismo formal e ao mundo do puro conceitualismo legal permite chegar-se até a altura em que irrompem as supremas interrogantes humano-axiológicas. Desde então, os princípios aportaram no universo jurídico não como um hóspede eventual, mas como um decisivo lastro a firmar o sentido substancial da juridicidade. Portanto, constituem um ineludível ponto de reflexão para os operadores do direito, conforme pensamos evidenciar neste pequeno trabalho.

De outra parte, decorrente mesmo da vacuidade e generalidade próprias dos princípios jurídicos, tal-qualmente Josef ESSER (1961) já o fizera, percebemos que esses são mobilizados para os mais diversos e ambíguos fins, requerendo-se deles, por vezes, mais do que essencialmente podem oferecer, ou crendo-os como um recurso salvífico para solucionar toda a gama de problemas existentes na seara jurídica.

Sem a pretensão de lançar novas luzes, tão-somente pensamos em oferecer à vista algumas ligeiras e modestas reflexões, visando à melhor compreensão do tema proposto. Nesse norte, iniciamos por trazer a lume algumas das aproximações conceituais propostas por Ronald Dworkin e, ao cabo, algumas suas determinadas conseqüências.

2. Princípios, regras e fins – uma breve aproximação conceitual segundo a ótica de Ronald Dworkin

Um importante autor contemporâneo a apresentar relevantes questões concernentes aos princípios jurídicos é Ronald Dworkin. Em seus escritos, desenvolve um intenso e fecundo diálogo crítico com as linhas mestras do normativismo jurídico, mormente com o pensamento de Herbert L. A. Hart. Nomeadamente com sua obra *Taking Rights Seriously*, originariamente publicada nos anos finais da década de 70, aportou uma série de importantes argumentos – e compreensões – na discussão acerca das regras e princípios e suas respectivas inter-relações.

R. DWORKIN, no centro de suas críticas, identifica a caracterização do sistema jurídico normativista como um sistema composto somente por regras. Melhor dito: um conjunto de regras especiais de que se vale a comunidade, cujo propósito é estabelecer qual conduta será punida ou coagida pelo Poder Público (cf. DWORKIN, 1977, p. 38). Tais regras apresentam como condições de identificação critérios formais estranhos à materialidade de seu conteúdo. Com efeito, remontam a seu *pedigree* (cf. DWORKIN, 1977), i.é, à sua linhagem, ao modo e à origem pela qual foram adotadas ou produzidas. De fato, lembramos a noção segundo a qual a complexidade do ordenamento e da estrutura do pensamento jurídico deve compreender o mútuo interagir entre aquelas normas de tipo básico, em que se exige dos homens, positiva ou negativamente, o fazer algo, e as normas secundárias, cujo teor possibilita condutas não só relativas a mudanças físicas, mas, sobretudo, ao criar e alterar de deveres e obrigações (cf. HART, 1994, p. 89-109).

Em semelhante marcha, encontramos Norberto BOBBIO (1990, p. 31-34)¹, que, ao se referir à pluralidade do ordenamento jurídico, diferencia as normas de conduta das normas de estrutura: aquelas tratam de normatizar o comportamento das pessoas; estas referem-se às circunstâncias e aos procedimentos adequados a serem observados para o originar das normas de condutas válidas.

Considerado assim, é dizer, visto o sistema jurídico pela perspectiva única da norma, pela simples dinâmica social, ocorrerá o fenômeno das lacunas, cuja solução, adotando-se a proposta normativista, segundo assinala Ronald DWORKIN, ficaria confiada à propriedade discricional do magistrado. Em semelhante posição de aceitabilidade da discricionariedade judicial, encontramos Norberto BOBBIO (1990), especificamente na abordagem da temática da coerência do ordenamento jurídico e das antinomias. Na hipótese de se caracterizar a insu-

fiência dos critérios da especialidade, cronológico ou hierárquico para a solução de normas incompatíveis entre si (antinomias), segundo esse autor, a solução do conflito acabará por ser deixada à liberdade do intérprete². Demais disso, aquando da existência das antinomias de segundo grau,³ em que, no momento de apontar a solução de um caso, configurar-se o conflito entre os critérios da especialidade e o hierárquico, a solução igualmente dependerá do intérprete⁴.

De outra parte, haja vista a abertura da linguagem jurídica, com suas imprecisões e vacuidades inerentes, permite-se aos intérpretes alcançar mais de uma interpretação razoável. Em tais hipóteses, caracterizadas como *casos difíceis*, a resposta seria imprecisa e incerta, restando a decisão final ao poder discricionário do juiz, que criaria o direito para o caso concreto. Nesse passo, na investigação e no exame de um novo estalão a nortear a feitura de um novo regramento jurídico – ou ainda na tarefa de colmatar o já existente –, marcha-se para algo além do direito.

Aqui, nada obstante sua extrema relevância, trazemos sumariamente à baila uma crítica de DWORKIN de natureza jurídico-política: ao admitir-se a discricionariedade judicial, os direitos das pessoas estariam sob a dependência e ao sabor das opções subjetivas do magistrado. Ora bem, nos quadros da teoria em tela, as pessoas têm direitos anteriores aos próprios poderes do Estado, e, por conseguinte, a idéia da discricionariedade judicial implicaria a falência de princípios formadores da idéia de um Estado de direito. Basta pensarmos que, em concreto, o juiz estaria legislando e, ao isso fazer, aplicaria uma lei de sua criação, *ex post facto*, logo, ainda não existente para o caso concreto, ferindo irremediavelmente o princípio da irretroatividade das leis⁵, que, se não é singularmente forte o suficiente para combater o arbítrio, porquanto preenche um âmbito meramente formal, configura-se elemento necessário para tal. De fato, o princípio que veda a retroação da lei⁶, garantindo o cum-

primento das regras preestabelecidas, dispõe amarras ao poder, ancorando-o ao tempo passado e, por conseguinte, aos compromissos assumidos, impedindo-o de agir como se fora seu dono⁷. Na conformação dessa idéia, o poder não pode pretender constituir a ordem da coexistência humana como bem a quizer, alterando-a no tempo presente diante de exigências não previstas ou desejos de algum soberano.

Com efeito, impende que façamos uma breve nota acerca do modelo de Estado de direito aqui referido. Decerto, não pensamos em uma mera identificação do Estado com a ordem legal, a identificar um Estado de direito formal – ou de mera legalidade. Sem embargo, registramos a compreensão de um Estado de direito material, comprometido com a efetivação da ordem democrática, em que o sentido axiológico da normatividade jurídica seja um postulado concreto. Sob essa perspectiva, as decisões levadas a efeito pelos órgãos e poderes estatais devem ser justificadas, sem serem toldadas pela obscura névoa do arbítrio. Como pedra angular do Estado de direito material, conforme aqui o pensamos, advogamos a supressão dos atos do poder público pautados pela mera representação de uma *voluntas*, assegurando às pessoas seus direitos em face desses poderes, com o devido consubstanciar dos princípios normativos na constituição procedimental e estrutural do Estado, garantindo-os a indisponibilidade frente a qualquer poder – e aqui, pois, não nos referimos apenas aos poderes públicos.

Como corolário desse entendimento, alcançaremos uma compreensão segundo a qual o poder político não será a célula criadora dos princípios e da moralidade, devendo, todavia, assumi-los – inclusive pela via da positivação. Sob tal perspectiva, assegura-se o necessário equilíbrio entre os valores ético-jurídicos e as instâncias políticas, desviando-se de alguma absoluta hegemonia e proeminência de um desses termos – valores ético-jurídicos e instâncias políticas – em relação ao outro.

Em presença do poder de criação discricionário do direito pelo juiz, haverá de se opor uma função garantidora do órgão jurisdicional. Ademais, concordar com a discricionariedade do juiz acaso não implicaria um (inaceitável) subjetivismo assaz irracional do direito? Isso posto, eis uma primeira e breve conclusão: em um norte prospectivo, a intencionalidade da doutrina de DWORKIN tem por norte reduzir o arbítrio da atividade judicial sem, contudo, convertê-la em uma operação mecânico-silogística⁸ ou ainda torná-la um instrumento estratégico na busca de programas político-sociais.

A todas essas questões, operando em um outro campo de idéias, DWORKIN (1997, p. 43) contrapõe um sistema jurídico aberto e plural, composto, além das regras, maiormente, por princípios. Os princípios, que indicam todo o tipo de pautas que não são regras, por seu turno, são compreendidos por duas perspectivas: a dos princípios em sentido estrito, que doravante chamaremos de princípios normativos, e a das diretrizes políticas, dos programas de ação.

Diretrizes políticas são, conforme depreendemos das palavras do próprio autor, aquele tipo de *standard* que apresenta o propósito de um objetivo a ser alcançado, de uma maneira geral, uma melhoria em algum fator socioeconômico ou político da comunidade (1997, p. 43). Os princípios normativos são aqueles padrões a serem observados em razão de alguma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de eticidade. Assim, conforme bem registrou Paul RICOEUR (1997, p. 149), os princípios – diferentemente das regras –, desde logo, “não são identificáveis pelo seu pedigree (quem os editou?, o costume?, o poder?, uma legislação inatingível?, precedentes?), mas pela sua força normativa própria”. Demais disso, pontualmente, sublinhamos uma outra importante nota caracterizadora dos princípios normativos: seu desvincular das circunstâncias econômicas, sociais ou mesmo daquelas derivadas da política, vista como atividade estratégica.

Outrossim, conforme DWORKIN (1977, p. 45), há outro aspecto a distinguir princípios e regras. E aqui a diferença a ser assinalada dá-se sob um ponto de vista de índole lógica, decorrente do sentido e do tipo da orientação ofertada pelas regras e pelos princípios. A estrutura lógica de aplicação das regras insere-se no campo do binômio tudo/nada, é dizer: estipulados os fatos dados pela regra, ou bem ela será válida, e aceitaremos sua resposta, ou será inválida, situação na qual sua resposta em nada será considerada⁹. Na esteira do considerado, acentuamos que a regra é um critério normativo abstrato e, logicamente estabelecida, sua aplicação ocorre em termos de se-então (se A é, B deve ser). Assim, assiste plena razão a Karl ENGISCH (1988, p. 36) em caracterizá-las como “regras de dever-ser, e são verdadeiramente, como sói dizer-se, proposições ou regras de dever-ser hipotéticas. Elas afirmam um dever-ser condicional, um dever-ser condicionado através da hipótese legal”. Ademais, por certo, (re)lembrando o primoroso magistério de Pontes de MIRANDA (1970, p. 19), a compor a essencialidade da regra está a referência a seu suporte fático, “isto é, aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide”, assim como seus efeitos. Noutros termos, a constituir a regra jurídica está a alusão ao fato – um algo – ou grupo de fatos que se oferecem de base ao incidir da regra, produzindo o fato jurídico, assim como os seus efeitos.

Os princípios, por sua vez, não transitam no disjuntivo campo do tudo ou nada. De fato, possuem uma medida ausente no quadro de compreensão e aplicabilidade das regras, qual seja a dimensão de peso ou relevância¹⁰. Assim, caberá ao decidente, caracterizada uma situação de interferência entre princípios, considerar o valor de cada um. Verifica-se uma situação distinta quando há o conflito entre regras, pois, lançando mão de critérios formais¹¹, optar-se-á por uma ou outra regra – afinal, “if two rules conflict, one of them cannot be a valid rule”

(DWORKIN, 1977, p. 48). Sem embargo, a compor o grau de inteligibilidade dos princípios e, por conseguinte, seu concretizar, incontornavelmente está o questionar acerca de seus valores e importâncias, porquanto não são meros enunciados formais, senão que substantivos elementos constituintes da intencionalidade e do sentido axiológicos da normatividade jurídica. De outra parte, os princípios, a par de sua indeterminação, em maior ou menor extensão, uma vez constituídos, refletem sobre todo e qualquer fato que, dada sua significação, tornar-se objeto da normatividade jurídica. Ademais, na medida em que estabelecem a razão de ser, o sentido fundamentante do direito, expressam substanciais exigências práticas vinculantes, as quais a ordem jurídica deve assumir. Destarte, os princípios não são apenas margens a fixar limites para a jurisprudência, senão que constituem o próprio leito por onde escoam as águas do direito.

Pois bem, independentemente das distinções entre os princípios e as regras, tanto aqueles quanto estas também são obrigatórios e vinculativos, devendo ser observados pelos juízes. Por via de consequência, diante dos casos difíceis, nos quais as regras não oferecem uma pronta solução, os intérpretes devem se socorrer dos princípios, uma dimensão componente do ordenamento jurídico, donde se conclui que a idéia positivista da discricionariedade judicial é absolutamente débil.

Efetivamente, a aludida distinção entre princípios e regras, nos moldes propostos por DWORKIN, atinge um dos postulados nucleares do positivismo jurídico: a tese segundo a qual há uma regra de reconhecimento, que determina estruturalmente os sistemas jurídicos modernos. Conforme a doutrina juspositivista, nas complexas sociedades contemporâneas, as regras jurídicas obedecem a uma estrutura hierárquica, de forma que a validade de uma norma decorre de sua adequação com as regras postadas em um nível jurídico hierarquicamente superior.

O escalonamento hierarquizado permite precisar se uma norma integra o sistema jurídico ou não, pelo exame de seu *pedigree*, de sua linhagem, conforme já referido. Exemplificativamente, a validade de uma portaria depende de sua sujeição às leis superiores. Tal cadeia segue até se alcançar o topo do escalão normativo: a Constituição, o referencial supremo de validade. Ora bem, natural que surja a seguinte pergunta: o que confere validade à Constituição? Essa validade será conferida por uma regra que determina que o que está dito pela Constituição é direito. Essa seria a regra de reconhecimento do sistema jurídico, que fornece os critérios de validade de todo o ordenamento jurídico, encerrando a cadeia de validade do sistema.

A regra de reconhecimento, nesses termos, apresenta uma dupla natureza:

(I) é a regra primeira do sistema jurídico, a lhe conferir validade;

(II) manifesta um fato social constituído pela aceitação prática de como as normas jurídicas são identificadas, isto é, decorre sua existência de uma questão de fato¹².

Sublinhamos que essa tese consubstancia a distinção entre direito e moral, pois assevera que há uma medida alheia à moralidade na qual são reconhecidas as normas jurídicas.

Como já assinalamos, os princípios não estão submetidos a essa regra de reconhecimento – ao teste de *pedigree*. Ademais, os princípios têm sua dimensão consagrada pela *sua própria força normativa*, vinculados a um critério material e derivados da moralidade política pressuposta pelas normas e instituições comunitárias. Destarte, o direito não se torna alheio à moral, sendo absolutamente equivocado o corte juspositivista efetuado entre as categorias do ser e do dever ser.

Acentuamos, pois, como corolário comparativo do reconhecimento, da distinção e da concretização delineada entre princípios e regras, na linha dworkiana, os seguintes aspectos:

- enquanto as regras são reconhecidas por seu *pedigree*, por uma regra de reconhecimento – critério formal alusivo à sua origem –, os princípios os serão por sua medida de valor e intencionalidade – critério material incidente sobre seu conteúdo e sentido;

- na seara dos conflitos, anotamos outro traço distintivo: no caso de conflito entre regras, o critério de solução será formal, excluindo-se, por uma questão de validade, do ordenamento jurídico uma das duas normas antinômicas. No caso dos princípios, a solução passará por uma mediação reflexiva e prudencial acerca da axiologia e relevância do princípio, sempre, é claro, desvelado pelo caso concreto, sem que algum princípio seja descartado em definitivo;

- no campo da operatividade, flagramos outra distinção: ao passo que as regras são ou não aplicadas em sua totalidade, os princípios são dúcteis, isto é, apresentam-se com um grau de plasticidade, sendo mais ou menos concretizados em decorrência de sua substantiva dimensão valorativa. Assim, as regras aspiram a dar de um modo reto a resposta para os casos previstos, enquanto os princípios indicam materialmente o caminho a ser seguido na tomada da decisão, bem como o sentido axiológico assumido pelo Direito.

Tudo, decerto, melhor compreendido seguindo este quadro:

A salientar que a exposição e o reconhecimento dos princípios normativos, como aqui o fazemos, não hão de ser confundidos com os tradicionais e conhecidos “princípios gerais de direito”, pois que estes, consentidos pelas mais diversas correntes jurídico-metodológicas, inclusive aquelas vinculadas mais ou menos remotamente ao positivismo jurídico, não ultrapassam o limite de inferências lógicas, originadas das próprias normas e axiomáticamente constituídas. Noutra palavra, os tradicionais princípios gerais de direito acabam por cumprir a passagem da premissa à conclusão sem que se faça qualquer processo de mediação. Destarte, acabam por ser, conquanto suas amplas generalidades e abstrações, simples regras.

Na distinção por nós traçada, estamos a dizer que os princípios normativos não propõem um critério formal e pronto para uma imediata aplicação, e, por via de consequência, alguma instantânea solução preestabelecida a um qualquer problema a ser decidido pela via jurídica¹³. Sem embargo, os princípios normativos enunciam a intencionalidade regulativa da normatividade jurídica e o fundamento informador para a solução do caso decidendo, gravando, na essência conformadora do fenômeno jurídico, uma dimensão ética, que constituirá sua pedra angular. Os princípios são substanciais elementos valorativos, impregnadores

	<i>Princípios</i>	<i>Regras</i>
<i>Reconhecimento</i>	Critério material, decorrente de sua axiologia substantiva.	Critério formal, por meio de uma regra de reconhecimento (teste de <i>pedigree</i>).
<i>Conflito</i>	Soluciona-se por um critério material, invocando uma tomada de posição frente à relevância do princípio.	Resolvido por algum critério de base formal (hierarquia, cronológico ou especialidade).
<i>Operatividade</i>	Enunciam um fundamento, sendo em maior ou menor grau aplicáveis.	Enunciados formais de uma prescrição, são aplicadas ou não (relação tudo/nada).

do sentido assumido pela a ordem jurídica. Portanto, para seu concretizar, invocam um agir autônomo de mediação, em que se os mobilize para fundamentar o sentido da decisão tomada, é dizer, um juízo reflexivo a traduzir um autêntico *ius dicere*.

Ao fim e ao cabo, entendemos que o reconhecimento do sistema jurídico como composto apenas por regras ou por princípios e regras implica maneiras diferentes de compreender a dinâmica da experiência jurídica – ou bem uma racionalidade puramente lógica, em que o direito é um objeto a conhecer, ou bem uma racionalidade prática, sendo o direito um algo a fazer. Sem embargo, releva observar que não está em causa a primária verificação do que a atividade judicial tem por regra fazer, mas por quais e a quais normas está vinculada, é dizer, não o que por princípio o juiz deve fazer, mas sim que há princípios, porque vinculantes, que o obrigam, determinando o que fazer¹⁴.

Seguindo a linha proposicional de DWORKIN, conforme vimos, no horizonte conformador do *corpus iuris*, há, para além dos princípios normativos e das regras, as diretrizes políticas. Com efeito, percebemos em tal contexto uma distinção de natureza diversa daquela existente entre os princípios e as regras. Tal-qualmente observamos, as diretrizes políticas referem-se à promoção de finalidades políticas, sociais e econômicas, enquanto os princípios têm por sede alguma dimensão da eticidade comunitária. Todavia, mister salientar que essa diferenciação não é absoluta, no sentido de que pode deixar de ser vista quando a essência de uma finalidade social for a própria satisfação de um princípio.

Ante o exposto, sumariamente, podemos recortar algumas divergências de DWORKIN em relação ao positivismo jurídico:

- o sistema jurídico não se compõe apenas por regras, senão que também por princípios;
- nos quadros de um Estado de direito, há de se negar o poder discricionário do juiz, e, quando a regra for imprecisa, o decidente

deve recorrer aos princípios, assegurando aos litigantes uma solução justificada conforme o direito – e não segundo seu arbítrio;

- há uma inter-relação inexorável entre direito e moralidade.

3. A tese dos direitos

Descortina-se, dos pontos vistos até aqui da doutrina esposada por Ronald DWORKIN, um elemento de capital importância – mormente, em nosso juízo, nos dias atuais, em que se evidencia uma tentativa de redução do direito às estruturas e à metodologia da política¹⁵: as inter-relações entre direito e política e suas respectivas argumentações fundamentantes. Exsurge, então, a *tese dos direitos* – um dos aspectos nucleares da obra de Ronald DWORKIN. Ora bem, o que se vai então propor é que os direitos dos indivíduos e dos grupos serão criados, para além das regras, pelos princípios.

Por essa via, consubstanciam-se, pois, duas esferas distintas acerca do fundamento justificante de uma argumentação. Destarte, teremos, em um pólo, argumentos de princípios e, noutro pólo, argumentos de política – de diretriz ou ação política. Enquanto aqueles vinculam-se a razões endereçadas a consagrar um direito, quer seja de um indivíduo ou de um grupo, estes descortinam circunstâncias que visam à instituição de um objetivo extensivo à coletividade, de uma meta de natureza social. Em uma palavra: os argumentos políticos intentam fixar um objetivo coletivo; os argumentos de princípio, um direito (cf. DWORKIN, 1999, p. 148-158). Recuperando uma conhecida tipologia weberiana, diríamos que a racionalidade a reger os argumentos de política seria finalística, enquanto o sentido dos argumentos de princípio faria caminho no campo da racionalidade axiológica¹⁶. Na encruzilhada em que ocorre o inter-relacionar entre o direito e a política, sendo aquele, pelo próprio exercício do poder, muitas vezes subordinado a esta, os princípios normativos exsurtem como um pólo a re-

gistrar o sentido – e por conseguinte o próprio fundamento – do direito, garantindo sua autonomia e dignidade próprias.

Tal ponto de vista desenvolve na doutrina dworkiana um importante papel, pois cimentará o entendimento acerca da distinção das atividades reservadas ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. Como vimos, os direitos das pessoas nascem das regras e dos princípios normativos, portanto, não estão vinculados aos fins sociais pretendidos. Por essa razão, os Tribunais, local por excelência da afirmação e do reconhecimento dos direitos, haverão de fundamentar e motivar suas decisões em argumentos principiológicos – e não de finalidades. Reafirma-se a noção da divisão dos Poderes, atribuindo-se ao Poder Legislativo a competência de estabelecer as diretrizes e as ações políticas da sociedade¹⁷. Nesse caso, enquanto a natureza da atividade do legislador anima-se e justifica-se pelos argumentos de política, permeados por um cálculo estratégico em atenção aos compromissos legítimos assumidos com os interesses dos diversos grupos sociais, os Tribunais mobilizam razões de princípios, de natureza ético-jurídica, vinculados a valores de ordem comunitária. Conforme bem observa Jürgen HABERMAS (1997), assim considerados, os princípios desvelam o nível de fundamentação racional dos sistemas jurídicos contemporâneos, constituindo um elemento normativo superior. Outrossim, em contraposição ao positivismo jurídico – que, na medida em que aproxima o direito a uma expressão de vontade sustenta o conteúdo contingencial do direito – e em oposição a qualquer instrumentalização do direito, os princípios referem-se a um algo indisponível, garantindo “através de uma jurisprudência discursiva (...) as condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração” (1997, p. 260).

Afirma-se aqui, na prática jurisprudencial, a supremacia dos direitos em relação às finalidades sociais, superando-se decisi-

vamente o postulado segundo o qual o juiz deve decidir como se legislador fosse¹⁸. Efetivamente, um argumento e uma justificação de princípios anotarão uma decisão que reconhece e afirma o direito de uma pessoa ou de um grupo de pessoas. Por sua vez, os argumentos de política afirmam uma decisão política que evidencia o benefício ou a proteção de um objetivo sociocomunitário (DWORKIN, 1999, p. 148). A atividade política do Legislativo move-se na perspectiva dos fins e da planificação sociais, vista pela ótica programática, em que prepondera uma racionalidade finalística. Por seu turno, a atividade dos Tribunais não se subjeta às finalidades de ordem social, pois busca o vincar de um direito, consubstanciado por uma racionalidade axiológica e material. Enfim, aos Tribunais cabe, mobilizando argumentos de princípios, afirmar a autonomia do direito, e não a sujeição aos programas sociopolíticos.

De fato, mesmo com a aproximação conceitual posta, caracterizar e distinguir os princípios normativos e as diretrizes políticas nem sempre será tarefa fácil. Nomeadamente, se considerarmos a pluralidade e a fragmentação das sociedades contemporâneas. Ademais, e a observação da realidade isto evidencia, não se pode perder de vista o caráter instrumental assumido pela legislação, que hoje se afasta do mito do legislador racional – e do hipotético pressuposto de genuína expressão da vontade geral – para, talvez, mais ser um programático e planificador instrumento de governo¹⁹. Corolário disso é encontrarmos, amiúde, insertos no sistema jurídico, princípios normativos e diretrizes políticas²⁰. Ao cabo, no rumo que visa a estabelecer algum critério aproximativo dessa distinção, há de se saber impossível uma absoluta resposta preestabelecida, decorrente de um qualquer postulado.

A despeito de toda a alteração do papel e do sentido do texto legislativo nas sociedades atuais – e a relevância dos princípios –, mister acentuarmos que, nos quadros do pensamento jurídico-metodológico ora es-

tabelecido, não se preconiza o abandonar do texto legal²¹. Cuida-se, na realidade, de um redimensionar do papel desempenhado pela lei e sua caracterização no concretizar do direito pela via pretoriana. Dessa forma, a lei deixa de ser a fonte única do direito, retratando, muitas vezes, convenções políticas, ou um comando imperativo a ser aplicado silogisticamente pelo juiz, para ser assumida como um hipotético critério normativo abstrato, que previamente representa um esquema de resposta ao problema jurídico a ser resolvido.

Ora bem, se antes vimos os conflitos na seara dos princípios e das regras – e entre os próprios princípios –, compete-nos agora destinar algumas palavras acerca do conflito entre os princípios normativos e as diretrizes políticas. Aqui, oferecendo livre curso à supracitada *tese dos direitos*, não se cogitará da atividade mediadora que considera o “peso” de cada princípio. Haverá, pois, antes *et por cause* da essência justificadora e racionalizante que nucleia cada uma dessas dimensões do sistema jurídico, a prevalência dos princípios sobre as diretrizes políticas. Assim, da definição de um direito sucede que não pode ser suplantado – ou considerado menos importante – por um objetivo ou fim social (DWORKIN, 1999, p. 161).

Pronuncia-se, desde logo e claramente, que as pessoas têm direitos anteriores aos – e independentes dos – programas, ações e decisões dos governos, das autoridades políticas ou mesmo dos poderes públicos. Tais direitos Ronald DWORKIN nomina de *direitos institucionais*, v.g. o direito que protege as pessoas em face de uma legislação retroativa, o direito à integridade física, ou ainda o catálogo dos direitos fundamentais. Compete aqui fazermos dois precisos esclarecimentos:

I – nem todos os direitos representam direitos contra o governo (basta pensarmos que o direito, por vezes, tem um mero aspecto organizativo, por exemplo, as normas que regulam o tráfego de automóveis: hoje,

em determinada via, posso ter direito a estacionar um automóvel em uma determinada rua, amanhã, na mesma via, tal direito pode ser negado);

II – sustentar a tese dos direitos não implica afirmar que o Estado jamais poderá deixar de dar o respectivo peso a esse direito, ou até mesmo invalidá-lo (antes, expressa que o governo não está justificado a deixar de respeitar um direito pelo simples fato de buscar uma vantagem social) (DWORKIN, 1999, p. 279-292).

Ao cabo, anotamos duas incontornáveis razões fundamentantes dessa compreensão: as ponderosas noções de dignidade da pessoa humana e de igualdade política. A primeira a nos alertar que há formas de tratar um homem incompatíveis com o reconhecer de sua condição de integrante da comunidade humana; a segunda, a registrar que às minorias e aos membros mais fracos de uma comunidade devem ser assegurados iguais direitos, consideração e respeito destinados às maiorias ou aos membros mais poderosos. Dessa forma, o desrespeitar de um direito institucional “significa tratar a um homem como algo menos que um homem” (DWORKIN, 1999, p. 295). De fato, a tese dos direitos implica, na conformação substantiva da coexistência comunitária, a superioridade destes em relação aos fins sociais.

À vista disso, evidencia-se a superação do referencial paradigmático do formalismo jurídico, surgido a partir do pensamento moderno-iluminista, que, atento ao então nascente individualismo, com a sua respectiva redução do direito às normas, acabou por confluir para um absoluto esgotamento axiológico-substancial do direito. Contudo, releva acentuar a peculiaridade característica dessa superação: o não-seguimento do curso das muitas tendências existentes no pensamento jurídico, destacadamente as funcionalistas, que, instrumentalizando o direito, vinculam-no a uma orientação marcadamente segundo fins e funções, com os quais deve o Direito regulativamente cum-

prir – agora não em atenção ao indivíduo, mas sim à sociedade, cuja consequência derradeira, diante da político-socialização do direito, culmina na perda de sua autonomia intencional e material²². Por via de consequência, o que por ora temos como relevante na tese dos direitos é a recuperação da autonomia do direito, caracterizada pelo postular da intencionalidade valorativa da ordem principiológica, intentando sua concreta realização pela mediação de um juízo prático-reflexivo que, frente aos poderes socialmente estabelecidos, reconheça e afirme o direito das pessoas. Assim, se pelo referencial do formalismo normativista o direito é perspectivado pela categoria do indivíduo, se pelo referencial funcionalista o direito é perspectivado pela sociedade, o referencial da tese dos direitos o será pelo homem.

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar existir, em DWORKIN, com sua tese dos direitos e a importância dada aos princípios, uma tentativa de restaurar uma qualquer vertente jusnaturalista. Decisivamente, porém, notamos aspectos claros que o afastam peremptoriamente das Escolas do Direito Natural. Senão vejamos: os princípios, cujo papel é central em toda a construção doutrinária dworkiana, em nenhum momento são pensados como imutáveis, universais ou unitários, ou ainda oriundos de uma transcendente e metafísica ordem. De fato, encontramos a historicidade, negada pelas correntes jusnaturalistas, como elemento constituinte da intencionalidade e do sentido dos princípios e do direito. De outra banda, há um discordar agudo em relação à compreensão metodológico-jurídica jusnaturalista, pois, se esta navega nas águas da dedução, Ronald DWORKIN preconiza um método interpretativo, em que o direito, ao invés de um objeto dado, reflete sempre uma tarefa a construir e a reconstruir – uma prática social institucionalizada e argumentativa e racionalmente justificada.

Da inteligibilidade dos princípios e da tese dos direitos nascerá outra importante

proposta de Ronald DWORKIN: a doutrina da única resposta correta²³. Com efeito, significa que, com frequência, tanto os complexos casos jurídicos quanto as intrincadas questões de moralidade política encontram, no lugar de um leque de soluções ofertadas, a serem escolhidas mais pelo arbítrio que pela razão, uma só resposta adequada (DWORKIN, 1999, p. 396 et seq.), a ser desvelada pelos princípios, em conformidade com a tese dos direitos. Importa destacar que não há o preconizar de que todos devam alcançar a mesma resposta ou mesmo que as decisões judiciais não sejam passíveis de críticas e controvérsias – ou ainda que todas as decisões levadas a termo sejam corretas. De fato, convém sublinhar, DWORKIN não assevera que em cada caso haverá uma solução correta preestabelecida, mas sim que, em princípio, ela é possível, sendo, na maior parte dos casos, factível, alcançável²⁴. De outra parte, há, nessa pretensão da “única resposta correta”, a compreensão de que um processo visa a descobrir os direitos existentes, antes de arbitrariamente inventá-los.

Por certo, o encontrar dessa resposta não é tarefa fácil. Ao contrário, é missão de elevada dificuldade. A ponto de ser necessário, para desempenhá-la, invocar-se a figura ideal do sobre-humano juiz Hércules, que, provido de qualidades especiais para manejar o manancial jurídico aportado pelos princípios normativos, pelas diretrizes políticas, assim como as regras, teria aptidão para *construir* a resposta correta. Note-se que, ao usarmos o verbo construir, não o fazemos gratuitamente. Fazemo-lo, pois, para estabelecer que a resposta correta não será oriunda de um lógico-formal processo de aplicação mecânica do direito, senão que de um processo interpretativo, fruto de uma ação argumentativa que mobilizará razões justificadoras da decisão.

Por essa linha, abre-se caminho para uma coerente via reconstrutiva do direito, referente a um plano axiológico em que, além dos princípios, os precedentes, haja vista a matriz analógica presente no raciocínio ju-

rídico, desempenham um importante papel. Ao fim e ao cabo, a única resposta correta – ou, talvez melhor, a resposta mais adequada possível – não será advinda de um pressuposto e dado catálogo de convenções, nem da imposição da *autorictas* de um poder, tampouco será aquela tão-somente endereçada ao cumprimento de um fim social, mas sim a que, após enunciada, mobilizadas as dimensões da constituenda normatividade jurídica, tendo por base uma fundamentação racional argumentativo-dialógica, perceba-se historicamente contextualizada como a única correspondente à justiça decisória exigida pelo caso. Sem embargo, pretende-se, e isto advogamos, é elidir, ou ao menos minimizar, o que de arbítrio haja na decisão judicial, é dizer, que não se recorra em sua fundamentação argumentativa “a mera invocação do *fiat* da decisão como factor determinante”²⁵. Por certo, nesse mesmo sentido, são relevantes os aportes trazidos por Chaïm PERELMAN (1980, p. 120 et seq.), ao sustentar a razoabilidade das decisões como elemento de sua própria aceitabilidade, porque o papel do juiz é contribuir para a boa acolhida do sistema, ao caracterizar que a decisão que ele leva a efeito não é apenas legal, senão que aceitável porque razoável, pois “each time he must settle conflict of opinions, interpretations and values, he must see those solutions which are both in conformity to the law and acceptable.”

Ao cabo, sublinhamos outra consequência importante decorrente da tese dos direitos. No âmbito da teoria política, procurando caracterizar o que deve ser o direito e o funcionamento de suas instituições, traz a lume uma crítica ao utilitarismo²⁶ e à sua pretensão de situar o direito a serviço do bem-estar geral, devendo, pois, visar ao estabelecimento de maiores vantagens ao maior número de pessoas. Ora bem, acordar com tal entendimento corresponderia a um pôr em risco os direitos das minorias, haja vista, por óbvio, não se enquadrarem na categoria do maior número. A isso Ronald

DWORKIN contrapõe uma noção de um liberalismo progressista, de elevada natureza igualitária.

4. Considerações finais

A temática aqui vista e ponderada forja-se pela compreensão do pensamento jurídico em consubstanciar a atividade jurisprudencial – e o direito, em últimos termos – como uma prática social, que busca racionalmente a justiça decisória ante aqueles concretos problemas humanos que mobilizam a intermediação da normatividade jurídica para a sua solução. Nesse norte, o direito assume-se como uma tarefa a ser feita que, em vez de pretender subsumir os fatos concretos da vida em um conjunto de regras preexistentes e definidas por uma qualquer convenção legal, postula uma constante prática argumentativa necessária para obstruir a discricionariedade das decisões²⁷.

O assumir de tal compreensão, com efeito, traduz o desenvolvimento do arco diacrônico do pensamento e da metodologia jurídicos. Nos marcos do sumário delinear pedagógico proposto por Chaïm PERELMAN (1988, p. 35-132), teríamos que o pensamento jurídico, a partir do Código Napoleônico, poderia ser distinguido, *grosso modo*, em três grandes fases: a da Escola da Exegese (finda próximo do ano de 1880); a das Escolas Funcionais e Sociológicas (até 1945); e a da concepção tópica. Sumariamente, assim seria:

I – Na primeira fase, cumprindo os ditames dos revolucionários franceses, o direito identificou-se com a lei. Obedecendo-se a divisão tripartida dos poderes e a formação do contrato social rousseauiano, caberia ao legislador, representando a expressão da vontade geral, criar o direito. Animado pelo racionalismo moderno, o sistema jurídico é pensado como axiomático, de todo completo e coerente, restando aos tribunais uma atividade passiva, de mero repetidor das palavras da lei. Por conseguinte, estabelecidos os fatos, basta subsumi-los à regra que

está dada. A pedra de toque da função judicial dá-se pelo silogismo formal, em que a premissa maior é a lei, a premissa menor, o fato e a conclusão, decorrente de um simples raciocínio dedutivo, será a sentença²⁸.

II – A fase das Escolas Funcionais ou Sociológicas preconiza outro ofício para o direito e a atividade judicial, passando-se agora a questionar acerca dos fins almejados pelo legislador. A inteligibilidade do direito ocorre pelos objetivos e valores que este procura produzir na sociedade. Os tribunais abandonam a concepção dedutiva e abraçam uma atuação finalística, haja vista que o direito passa a ser considerado como um meio para atingir determinados objetivos. Diante disso, interpreta-se o texto legal em conformidade com a vontade do legislador. Ao cabo, os juízes deixam de ser *a boca da lei* para se transformar em seus olhos e braços, que devem ver e realizar os fins pretendidos pelo legislador aquando da elaboração da lei.

III – A terceira fase, dita tópica, apresenta caracteres próprios e distintos das suas anteriores. Com efeito, o direito não será percebido em razão dos fins desejados e tampouco como um sistema dedutivo-formal, identificado com a restrita literalidade das leis. O caso concreto, compreendendo-se o direito como uma ciência problemática, assume um papel de relevo na metodologia jurídica, e o pensamento jurídico ocupa-se, desde logo, em justificar as decisões judiciais, tornando-as, por essa via, aceitáveis. Para tal desiderato, há de se afastar os subjetivismos, e, por meio de uma lógica dialética, preocupar-se com a experiência jurídica, com o atender e o conjugar dos valores conflitantes no caso judicial e aqueles formadores da intencionalidade da normatividade jurídica.

No norte das linhas aqui traçadas, invoca-se o jurista para uma tarefa que ultrapassa os pressupostos de uma acrítica dogmática jurídica ou mesmo uma tradicional perspectiva, que são considerados como inques-

tionáveis e absolutamente verdadeiros – e o pensamento não ultrapassa as extremas de axiomas dados pelo sistema. Referimo-nos, então, a uma atitude que transita nos quadrantes jusfilosóficos, indo – ou ao menos tentando ir – para além das aparências demonstradas pelo sistema dado, em uma clara postura problematizante²⁹. Nesse sentido, e retomando as questões iniciais abordadas neste nosso pequeno e modesto estudo, a manifestar uma preocupação historicamente contextualizada, mister problematizarmos os extremos do normativismo jurídico e os terríveis arbítrios, entretanto tolerados, ocorridos sobretudo no século passado.

Assim, a uma racionalidade jurídica puramente formal opõe-se a racionalidade prática, superando-se a ruptura entre os mundos do dever ser e do ser. Ademais, trata-se de negar uma qualquer prevalência formalista, em que a concretização do direito ocorra por um simples mecanismo subsuntivo. Cuida-se, portanto, de ter em conta que a decisão jurisdicional consubstancia-se por linhas estruturais mais complexas, implementadas por uma relação dialético-argumentativa³⁰ e referida a alguma dimensão axiológica. Dessa forma, porque o direito não é algo meramente descritivo, tratar-se-á de uma razão material e justificadora das ações e decisões levadas a termo pelo direito – e não de mera contemplação de (pre)supostas verdades.

Decerto que na composição desse quadro há de ser referida a superação do paradigma da cientificidade iluminista, de índole cartesiana, e a conseqüente recuperação da retórica – que, de fato, inscreve-se no núcleo das alterações experienciadas pela ciência desde o último século. Assim, implica, igualmente, para o discurso jurídico, a recuperação da história e da temporalidade como dimensões que o (re)constituem.

Por conseguinte, no manejo das questões jurídicas, tal-qualmente ocorreu com a filosofia profissional, o olhar há de mover-se das trilhas das proposições intemporais

para percorrer o caminho das “preocupações com elocuições feitas em momentos particulares, em conjuntos de circunstâncias particulares, visando interesses humanos particulares”. E, por via de consequência, ultrapassar as “pretensões da racionalidade formal (*episteme*) para chegar às mais amplas pretensões da razoabilidade humana (*phronesis*)” (cf. TOULMIN, 1994, p. 20-29). Com Celso LAFER (1999, p. 74), diríamos que seria o operar do paradigma da Filosofia do Direito, mobilizando o postulado da lógica do razoável, da razoabilidade, que se distingue do racional e do irracional.

Nesses termos, o razoável, embora não radicalmente em oposição ao racional, acerca-se da prudência, do aceitável em um determinado contexto cultural; o irracional, por distanciar-se dos devidos termos da razão, afasta-se da verdade, é incoerente; e o racional, identificado com a tradição filosófica iluminista da verdade e plena coerência, adentra a seara própria das ciências naturais, afeitas ao logicismo demonstrativo. Afinal, o direito não é como “o algoritmo que fala das coisas e atinge por acréscimo os homens, mas sim, fala aos homens” (MERLEAU – PONTY, 2002, p. 167), em um indeclinável compromisso de reconhecimento do outro.

De fato, a sedimentar os aspectos aqui expostos, está a superação da inteligibilidade do fenômeno jurídico como um objeto a ser conhecido por seu intérprete. Ao contrário, o direito insere-se na seara da compreensibilidade – o que implica distingui-lo na plenitude e retidão de seus sentidos e não segundo relações de causalidades –,³¹ cumprindo, na atividade prática de julgar que objetiva a sua concretude, ter em seu campo de visão tratar-se de relações humanas, levadas a efeito por sujeitos historicamente contextualizados, permeáveis a valores, e interpretadas igualmente por sujeitos com essa condição.

Por certo, em mundo talvez tendente a optar pela própria autojustificação tecnológica, sendo então o homem superado pela

máquina, o direito, pela via responsabilizante dos princípios, afirma-se como a verdadeira alternativa humana a entretecer as linhas de nossa coexistência. E, ao fim e ao cabo, afirma-se como o preponderar dos fundamentos sobre os efeitos e, portanto, da justiça sobre a eficácia.

Notas

¹ A exemplificar, teríamos, como norma de estrutura, o *caput* do art. 68 da Constituição Federal, ao estabelecer que “as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”, e, como norma de conduta, por exemplo, o art. 1.741 da lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro), ao dispor que “incumbe ao tutor, sob inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé”.

² “Isso significa, em outras palavras, que, no caso de um conflito no qual não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução do conflito é confiada à liberdade do intérprete; poderíamos quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete (...)” (BOBBIO, 1990, p. 100).

³ Antinomia é o conflito entre normas, a ser solucionado pelos critérios da especialidade, cronológico e hierárquico. Por sua vez, o que caracteriza uma antinomia de segundo grau é o conflito existente entre esses critérios de solução.

⁴ “A solução dependerá também, neste caso, como no da falta dos critérios, do intérprete, o qual aplicará ora um ora outro critério segundo a circunstância.” (BOBBIO, 1990, p. 109).

⁵ No mesmo sentido, ver SOUZA NETO (2000, p. 223).

⁶ Decerto que há exceções a tal princípio, que nada invalidam o que vai dito no corpo do texto.

⁷ Acaso não caberia a lembrança da genialidade de Salvador Dali e sua gravura em que estampa que o tirano não tem palavra?

⁸ Nesse sentido, também o prólogo da edição castelhana de *Taking rights seriously*, de Albert CALSAMIGLIA (19--?, p. 7-49), *Un ensayo sobre Dworkin*.

⁹ Quanto ao campo de aplicação tudo/nada, impende registrar que, em alguns casos, a interpretação de uma regra pode conduzir-nos a uma sua correção (interpretação corretiva) ou extensão.

¹⁰ Conforme DWORKIN (1977, p. 47-49) as regras poderão ser ditas funcionalmente mais importantes que outras, podendo uma regra ser mais relevante em decorrência de seu papel de-

senpenhado no quadro regulamentador das condutas.

¹¹ Refirimo-nos aos critérios da hierarquia, da especialidade e ao cronológico, segundo os quais, respectivamente: *lex superior derogat inferiori*, *lex specialis derogat generali* e *lex posterior derogat priori*.

¹² Conforme H. L. A. Hart (1994, p. 104 et seq.). No mesmo sentido do que acima expusemos, encontramos Juan Ramón de PÁRAMO (1984, p. 248-249): “El concepto de regra de reconocimiento parece estar a caballo entre dos esferas; una jurídica e outra fáctica”.

¹³ Nesse sentido, ver, sobretudo, Fernando José BRONZE (2002, p. 553 et seq.).

¹⁴ Nesse sentido, igualmente Andres Ollero TAS-SARA (1996, p. 366).

¹⁵ Assunto que, embora em duas ou três palavras, abordamos em *A autonomia do direito – apontamentos acerca do funcionalismo jurídico* (MELGARÉ, 2002). Todavia, para um devido e rigoroso aprofundar dessa matéria, ver, sobretudo, do Professor Antônio Castanheira NEVES (1995, p. 379-421), *A redução política do pensamento metodológico-jurídico*.

¹⁶ Apenas a título de lembrança: racionalidade finalística é aquela em que o sujeito atua em conformidade com os fins desejados, sendo que a razão apenas indicaria os meios adequados para o alcançar de um determinado objetivo; pautado pela racionalidade axiológica, o sujeito atua sem relevar as conseqüências de sua ação, mas em atenção às suas convicções conscientes no próprio valor de sua conduta.

¹⁷ Com efeito, convém sublinharmos que, haja vista a referência à noção de divisão e separação entre os Poderes, que, ao contrário da doutrina de Montesquieu, o Poder Judiciário, em nenhum momento, será aqui pensado como um poder nulo, a exercer a função da *boca que pronuncia as palavras da lei*. Ao contrário, sabemos sua função ser “em alto grau criadora, desde que por criação entendamos não uma criação arbitrária, *ex nihilo*, tirada exclusivamente da subjectividade do julgador” (MELGARÉ, 2003, p. 59). A propósito da teoria da separação dos poderes, nada obstante suas necessárias recompreensões, como bem o faz o autor Cezar Saldanha SOUZA JUNIOR (2002), há de ser sublinhado seu caráter democrático. Conquanto sua histórica raiz burguesa, como bem assinala Norberto BOBBIO (19--?, p. 49), a exigência que essa doutrina expressa e a técnica constitucional que a inspirou não são burguesas e tampouco proletárias, mas sim “sono conquiste civili. Questa dottrina è stata variamente interpretata ed attuata; vi si introducono di continuo nuovi perfezionamenti; ma il principio a cui si ispira non è stato nelle democrazie occidentali ricasato”. De fato, encontramos-nos em face de uma receita juspolítica “[...] [que] pode ser condensad[a] na seguinte fórmula: (a) dividir o

poder estatal entre os três órgãos existentes, (b) atribuindo-se a cada um deles uma das três funções em que se poderia classificar a política, (c) posicionados os três órgãos (com o exercício especializado das respectivas funções) em um mesmo plano de igualdade e hierarquia, reforçado com mecanismos adicionais de travamento” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 57). Ainda nas margens da teoria da tripartida divisão dos Poderes do Barão de Montesquieu, convém registrarmos o observado por Henry KISSINGER (1996, p. 15): “O objectivo da separação dos poderes era o de evitar o despotismo, e não o de atingir um governo harmonioso”.

¹⁸ Como pretendido por muitos seguidores do Realismo Jurídico Norte-Americano, v.g. Benjamin Cardozo. Acerca da distinção entre a atividade de criação do direito pelo legislador e pelo juiz, ver a tese de nossa autoria, *Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista* (MELGARÉ, 2003). Meramente como uma nota de circunstância, em outro autor, encontramos, entre importantes distinções feitas, que materialmente “la legge há tipicamente un contenuto normativo, ossia generale e/o astratto; la sentenza, per contro, há necessariamente un contenuto individuale e concreto. (...) la legge è risultato di en atto di volontà; la sentenza è il frutto di un duplice atto di conoscenza o accertamento: per un verso, l'accertamento (tramite interpretazione) della legge; per un altro verso, l'accertamento della fattispecie concreta sottoposta al giudice” (GUASTINI, 1995, p. 11).

¹⁹ Assim encontramos também Jürgen HABERMAS (1997, p. 236) ao afirmar que “[...] as leis deixam de ser vistas como programas condicionais, assumindo a forma de programas finalísticos”. Na palavra do eminente constitucionalista Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (2002, p. 109), “num quadro de competição partidária, é fatal que a lei se politize. A maioria vai editá-la com finalidade política, para atender interesses políticos (...). Ela [a lei], desvinculada de um ideal de justiça, passa a ser um mero instrumento: (...) com que conta a maioria para realizar o seu programa”.

²⁰ Nossa Constituição Federal, decerto como tantas outras das democracias constitucionais do Ocidente, bem poderia servir de exemplo. Como diretriz política, referimos o disposto no artigo 180: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico. De outra banda, o inciso I do art. 5º, ao proclamar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Carta Magna, decididamente, registra um princípio normativo.

²¹ Afinal, conforme Ronald DWORKIN (2002, p. 14), “numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo

aprovou”.

²² Conforme escólio do Professor António Castanheira NEVES (1998, p. 299).

²³ Importantes críticas a essa teoria foram lançadas, entre outros, pelo autor finlandês Aulis AARNIO (1987).

²⁴ Nesse sentido, também Aulis Aarnio (1987).

²⁵ Conforme escólio do Professor Castanheira NEVES (1993, p. 33).

²⁶ Por exemplo, de autores como Jeremy BENTHAM (1748-1832) em que, segundo o princípio da utilidade, “uma ação é boa ou má, digna ou indigna, merecedora de aprovação ou repulsa, na proporção de sua tendência a aumentar ou diminuir a soma de felicidade pública” (apud REALE, 1993, p. 294).

²⁷ Importante lembrarmos, como bem o fez Andres Ollero TASSARA (1996, p. 417), que “la praxis enriquece al hombre, en la medida en que amplía su horizonte interrogativo (...). El coleccionismo científico de soluciones – com su lucha titánica por eliminar problemas – da así paso a una multiplicación filosófica de las preguntas, profundizando en la problematicidad inagotable de lo humano”.

²⁸ Não esqueçamos que “L'école de l'exégèse est partie de ce principe: il n'y a de droit que par la loi, la lois est la source exclusive de toute réglementation juridique. [Assim], les articles du code sont autant de théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison et de tirer les conséquences. Le juriste pur est un géomètre” (cf. SILANCE, apud PERELMAN: FORIERS, Paul, 1971, p. 54).

²⁹ Convém recolhermos o escólio de Helmut COING (2002, p. 23): “A filosofia jurídica deve, portanto necessariamente, sem prescindir dos conhecimentos, os quais a ciência jurídica alcançou no seu campo, ir além daquelas fronteiras; ela associa os problemas especiais que o surgimento cultural do direito oferece com as questões gerais e fundamentais da filosofia”.

³⁰ Nesse sentido, Arthur KAUFMANN (1998, p. 27-33).

³¹ Nesse sentido, ver Miguel REALE (1993, p. 251).

Bibliografia

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: Reidel, 1987.

BOBBIO, Norberto. Democracia e dittatura. In: LA LIBERTÀ ROLITICA: a cura di Alessandro Passer-

rin d'Entrèves. [S. l.]: Edizioni di Comunità, [19--?]. p. 49.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. 1. reimpressão. Brasília: Polis, 1990.

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. Coimbra: Coimbra, 2002.

CALSAMIGLIA, Albert. Un ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. [S. l.: s. n., 19--?]. p. 7-29.

COING, Helmuth. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1999.

_____. Is a law a system of rules? IN THE PHILOSOPHY of Law. [S. l.]: Oxford University Press, 1977.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge*. Torino: Giappichelli, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. v. I.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Tradução de Armino Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. 2. ed. Tradução de Luis Villar Borda. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.

KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. Lisboa: Gradiva, 1996.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 3. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

MELGARÉ, Plínio. A autonomia do direito: apontamentos acerca do funcionalismo jurídico. *Revista*

da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul: AJURIS, Rio Grande do Sul, v. 85, t. I, mar. 2002.

_____. *Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista*. Coimbra: Coimbra, 2003. (Stvdia Ivridica, n. 69).

_____. (Org.). *Direito- positivo e ciência do direito: textos escolhidos de Luís Cabral de Moncada*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *A prosa do mundo*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, [S. l.], ano 130, n. 3883, 1998.

_____. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

NEVES, António Castanheira. A redução política do pensamento metodológico-jurídico. In: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 379-421, v. 2.

OLLERO TASSARA, Andres. *¿Tiene razón el derecho?: entre método científico y voluntad política*. Madri: Congreso de los Diputados, 1996.

PÁRAMO, Juan Ramón de. *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales: 1984.

PERELMAN, Chaim. *Justice, law and arguments: essays on moral and legal reasoning*. Dordrecht: Reidel, 1980.

_____. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1988.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. I.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SILANCE, L. *La règle de droit*. Bruxelas: Émile Bruylant, 1971.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TASSARA, Andreas Ollero. *¿Tiene razón el derecho?: entre método científico y voluntad política*. Madri: Congreso de los Diputados, 1996.

TOULMIN, Stephen. Racionalidade e razoabilidade. In: CARRINHO, M. M. (E. d.). *Retórica e comunicação*. Porto: Asa, 1994. p. 19-30.