

DESMISTIFICANDO OS “PRINCÍPIOS JURÍDICOS” DE RONALD DWORKIN¹

DEMYSTIFYING THE “LEGAL PRINCIPLES” OF RONALD DWORKIN

DESMISTIFICANDO LOS “PRINCIPIOS JURÍDICOS” DE RONALD DWORKIN

José Guilherme Giacomuzzi²

“Como já afirmei em outros textos, o ideal norte-americano de um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios, é a contribuição mais importante que nossa história já deu à teoria política. Outros países e culturas sabem disso, e o ideal norte-americano tem sido cada vez mais adotado e imitado de forma consciente em outras partes do globo. Mas nós mesmos não somos capazes de reconhecer nossa contribuição, de orgulhar-nos dela e de cuidar dela como devíamos.” Ronald Dworkin, O Direito da Liberdade, p. 9.

-
- 1 Este estudo foi apresentado em setembro de 2012 no seminário de Filosofia do Direito ocorrido na Faculdade de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, organizado pelos Professores Alfredo Storck (Filosofia, UFRGS) e Wladimir Barreto Lisbôa (Direito, UFRGS), a quem agradeço o convite a participar. Mantive o tom de oralidade neste escrito, o qual contém, porém, algumas alterações em relação à apresentação feita na ocasião. Claudia Roesler e Cláudio Ari Mello foram gentis ao lerem versões deste ensaio, e eu lhes agradeço as observações feitas.
 - 2 Doutor em Direito (*George Washington University Law School*, EUA, 2007), Mestre em Direito (UFRGS, 2000). Professor no curso de Direito (graduação e mestrado) da Faculdade de Direito do Uniritter, *campus Porto Alegre*, RS. Promotor de Justiça no RS. E-mail: giacomuzzi2004@law.gwu.edu

Resumo: O artigo critica a concepção de “princípios jurídicos” de Ronald Dworkin, tomando por base os argumentos lançados por José Reinaldo de Lima Lopes em 2003. Para tanto, o artigo (i) contextualiza a posição de Dworkin na doutrina norte-americana da época em que a ideia de “princípios” começou a ganhar corpo e (ii) mostra a sua falta de originalidade naquele ambiente acadêmico; para isso o artigo explica lições de Roscoe Pound e John Dickinson, a fim de explicitar as origens do que Dworkin veio a depois elaborar com mais cuidado. Dessa forma, o estudo pretende contribuir para a melhor compreensão da categoria normativa dos “princípios”, da qual tem abusado doutrina e jurisprudência brasileiras, muito por mistificação e simplificação da obra de Dworkin.

Palavras-chave: Teoria do Direito. Princípios Jurídicos. História das Ideias Jurídicas.

Abstract: The article criticizes Ronald Dworkin’s concept of “legal principles”, based on arguments proposed by José Reinaldo de Lima Lopes in 2003. The article (i) contextualizes Dworkin’s position in the American legal doctrine, at a time when the idea of “principles” was beginning to flourish, and (ii) it shows Dworkin’s lack of originality in that academic milieu. With these goals, the article explains the doctrines of Roscoe Pound and John Dickinson, seeking to clarify the origins of the idea that Dworkin would later come to develop fully. The study therefore aims to contribute to a better understanding of the normative character of the “principles”, which Brazilian doctrine and jurisprudence have abused, largely as a result of mystification and simplification of Dworkin’s work.

Key-words: Jurisprudence. Legal Principles. History of Legal Ideas.

Resumen: El artículo critica la concepción de “principios jurídicos” de Ronald Dworkin tomando como base los argumentos

lanzados por José Reinaldo de Lima Lopes en 2003. Para ello, el artículo (i) contextualiza la posición de Dworkin en la doctrina norteamericana de la época en que empezó a ganar cuerpo la idea de “principios” y (ii) muestra su falta de originalidad en aquel ambiente académico; para ello, el artículo explica lecciones de Roscoe Pound y John Dickinson, a fin de explicitar los orígenes de lo que Dworkin vino a elaborar después con más cuidado. De ese modo, el estudio pretende contribuir para la mejor comprensión de la categoría normativa de los “principios”, de la cual han abusado la doctrina y la jurisprudencia brasileñas, especialmente por mistificación y simplificación de la obra de Dworkin.

Palabras clave: Teoría del Derecho. Principios Jurídicos. Historia de las Ideas Jurídicas.

INTRODUÇÃO

Alguém já disse, com razão, que vivemos hoje no Brasil a “era dos princípios”. Essa era tem mais ou menos a idade da nossa vigente Constituição Federal, ou seja, pouco mais de vinte anos, período em que os “princípios jurídicos” passaram a progressivamente ser conversa habitual no ambiente acadêmico, antes somente em nível de pós-graduação, depois passando também aos cursos de graduação em direito. E, mais importante, a conversa logo ganhou a prática dos operadores jurídicos e os tribunais. Costumo dizer que, nessa era, os princípios jurídicos têm sido utilizados entre nós como varinha mágica: servem a qualquer propósito, escondendo todos os arbítrios — sempre haverá um “princípio jurídico” para resolver o caso no exato sentido querido pelo “hermeneuta” que os “interpreta” e os “aplica”, invariavelmente em nome da “justiça do caso concreto”.

Entretanto, depois de terem sido louvados por parte da doutrina pátria como uma espécie de panaceia aos males do país — e usados como tal por boa parte dos operadores do direito —, os “princípios jurídicos” estão a

sofrer, talvez com certo atraso, sinais de reação contrária na doutrina, a qual tem detectado haver algo de estranho e, pior, de perigoso na forma atual de aplicação dos princípios jurídicos no Brasil.

Para ficarmos com recentes exemplos significativos dos sinais de reação ao uso abusivo dos princípios jurídicos, lembro dois trabalhos apresentados em 2008 em congresso análogo ao presente, havido em São Paulo, respectivamente pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Cláudio Michelin, ambos destacando, cada um a seu modo, algumas impropriedades na aplicação dos princípios jurídicos. C. A. Sundfeld, em artigo provocativo, sugere que, da forma como estão sendo utilizados, princípios equivalem à “preguiça”, e C. Michelin exalta o valor da coerência e sua vinculação com os princípios para depois salientar a falta de racionalidade do “princípio” da “proporcionalidade em sentido estrito”.³ A observação inicial feita no estudo deste último autor é certa e aqui parafraseada: é ironia que um conceito elaborado para diminuir a discricionariedade judicial se tenha prestado no Brasil para aumento dessa discricionariedade,⁴ ou, pior, acresço eu e repito, para esconder o arbítrio. Fico com esses dois exemplos pela propriedade dos seus argumentos e por serem n’alguma medida originais.⁵

Parece incontroverso que, dentre os muitos fatores que podem ter contribuído para a revitalização da discussão em torno dos “princípios jurídicos” no Brasil,⁶ a

3 A primeira versão deste estudo foi apresentada em setembro de 2012 no seminário de Filosofia do Direito ocorrido na Faculdade de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, organizado pelos Professores Alfredo Storck (Filosofia, UFRGS) e Wladimir Barreto Lisboa (Direito, UFRGS), a quem agradeço o convite a participar. Mantive o tom de oralidade neste escrito, o qual contém, porém, algumas alterações em relação à apresentação feita na ocasião, com inclusão de bibliografia até novembro de 2013, quando o artigo foi entregue em definitivo à publicação. Claudia Roesler e Cláudio Ari Mello foram gentis ao lerem versões deste ensaio, e eu lhes agradeço as observações feitas. Ambos os estudos estão reunidos na coletânea organizada por R. P. Macedo Jr. e C. H. Barbieri (ver MACEDO JR., Ronaldo P.; BARBIERI, Catarina H. C. **Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011). Na doutrina brasileira, as mais acuradas críticas à proporcionalidade em sentido estrito são feitas por D. Dimoulis e L. Martins (ver DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, cap. 10) e L. Martins (ver MARTINS, Leonardo. Da Distinção entre Regras e Princípios e seus Problemas Epistemológicos, Metodológicos e Teórico-Jurídicos. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 327-350; e **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012, cap. 3), os quais abordam as questões valendo-se basicamente da doutrina alemã.

4 Ver MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo P.; BARBIERI, Catarina H. C. **Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261-285, especialmente p. 261.

5 Poderia mencionar igualmente o livro **Teoria dos Princípios**, de Humberto Ávila, cuja 1. ed. é de 2003 e que logo se tornaria o estudo crítico mais divulgado no Brasil sobre a teoria dos princípios (de R. Dworkin e R. Alexy). Essa obra vem sendo desde então revista e ampliada, estando na 14. ed., de 2013.

6 LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação**

obra de Ronald Dworkin está entre os fatores decisivos.⁷ Assim, se estão certas minhas duas premissas, i.e., se os princípios estão no centro da cena muito pela proeminência da obra de Dworkin, e se eles estão sendo utilizados sem muita racionalidade, escondendo o arbítrio, não é sem importância contextualizar minimamente a “teoria dos princípios” do jusfilósofo norte-americano.

Por outro lado, já em 2003, quando a obra de Dworkin estava ainda sendo introduzida no Brasil (tardamente, como comumente ocorre),⁸ o Professor José Reinaldo de Lima Lopes publicou artigo crítico ao pensamento de Dworkin no qual ofereceu alguns argumentos provocadores e *insights* interessantes sobre os princípios jurídicos.⁹ Numa espécie de desmistificação do pensamento de Dworkin, ou melhor, de parte desse pensamento, embora não apresentasse no referido artigo uma análise exaustiva da doutrina do jusfilósofo norte-americano, L. Lopes sustentou algumas teses que vão na contramão de quase tudo o que então estava e em certa medida continua hoje sendo dito no Brasil sobre o tema dos princípios jurídicos. Sendo este um seminário sobre teoria, filosofia e história

Legislativa. Brasília, ano 40, n. 160, p. 49-64, 2003, na p. 50 identificou esses e outros fatores com precisão.

- 7 O outro autor é Robert Alexy, cuja obra não será aqui analisada. Para a crítica da teoria dos princípios de R. Alexy, não conheço melhor referência, em português, que o artigo de L. Martins (2008, atualizado em 2012, cap. 3). Entretanto, por razões que espero fiquem claras no presente ensaio, a afirmação — não elaborada — de L. Martins segundo a qual a “distinção estrutural qualitativa entre regras e princípios” é “adequada à tradição jurídica anglo-saxã” (2008, p. 348; 2012, p. 88) não me parece correta e poderia ser simplesmente suprimida do excelente trabalho do autor, sem qualquer prejuízo às suas conclusões, de resto aqui endossadas. Para uma visão jusfilosófica crítica da teoria dos princípios, fazendo comparações iluminadoras sobre as ideias de Alexy e Dworkin, ver POSCHER, Ralf. *Insights, Erros and Self-Misconceptions of the Theory of Principles*. **Ratio Juris**, v. 22, n.4, p. 425-454, Dec. 2009.
- 8 R. Dworkin escreveu, desde meados da década de 1960, mas suas obras começaram a ser traduzidas no Brasil somente nos anos 2000, quando a teoria e a filosofia do direito anglo-americanas já dominavam e conduziam os debates teóricos sobre as questões fundamentais do direito havia quase meio século. Esse atraso na disponibilização, em língua portuguesa, das obras de Dworkin, pode ter contribuído para a limitação do pensamento jurídico brasileiro sobre a obra do autor, pensamento esse que ainda hoje permanece, com raras e notórias exceções, laudatório e acrítico. O acesso ao trabalho de Dworkin ao grande público nacional era muitas vezes feito via tradução espanhola do seu primeiro livro, **Taking Rights Seriously**, publicado nos Estados Unidos em 1977 e que em espanhol recebeu o título **Los Derechos en Sério** em tradução publicada em 1984 pela Editora Ariel. Seguem as datas das traduções em português, na ordem cronológica de publicação da obra original, que vai indicada entre parênteses: **Levando os Direitos a Sério**, 2002 (**Taking Rights Seriously**, 1977); **Uma Questão de Princípio**, 2000 (**A Matter of Principle**, 1985); **O Império do Direito**, 1999 (**Law’s Empire**, 1986); **O Domínio da Vida**, 2003 (**Life’s Dominion**, 1993); **O Direito da Liberdade**, 2006 (**Freedom’s Law**, 1996); **A Virtude Soberana**, 2005 (**Sovereign Virtue**, 2000); **A Justiça de Toga**, 2010 (**Justice in Robes**, 2006). O último livro publicado em vida por Dworkin, **Justice for Hedgehogs** (2011), que vem a ser uma espécie de coroamento da sua filosofia moral e jurídica, recebeu recente e ótima tradução pela Editora Almedina, de Lisboa: **Justiça para Ouriços**. Só um livro importante permanece sem tradução ao português: **Is Democracy Possible Here?** (2006), o qual trata de questões específicas do direito norte-americano. O espaço entre as datas das publicações originais e as das traduções indicia a importância editorial que a obra de Dworkin veio paulatinamente adquirindo Brasil.
- 9 LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras.

do direito, pareceu-me apropriado partir de um estudo crítico feito por um jusfilósofo e historiador do direito pátrio sobre a obra daquele que é por muitos considerado um dos mais influentes jusfilósofos da atualidade no mundo. O presente ensaio, portanto, leva a sério um dos *insights* de L. Lopes e parte dele para contextualizar alguns pontos da teoria dos princípios de R. Dworkin.

Relembro os dois principais pontos do artigo de L. Lopes: (1) a tese de que a solução apresentada por Dworkin para a argumentação jurídica com base em regras e princípios é falsa, porque, em suma, “os princípios são apenas regras mais gerais”¹⁰ e que, por isso, “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”;¹¹ (2) a sugestão de que a teoria dos princípios de Dworkin não oferece muito de novo para o jurista continental; segundo esta última ideia, L. Lopes sugere que, pela leitura das obras de Karl Larenz, Carl-Wilhelm Canaris e Karl Engisch (todas, aliás, com tradução ao português), teriam os juristas continentais como evitar algumas impropriedades de R. Dworkin. Quanto a este último ponto, o Professor L. Lopes não afirma expressamente o que venho de referir. Mas alguém com imaginação pode ser levado a crer que ele flerta com essa hipótese em várias passagens do seu provocador artigo, especialmente ao referir que Neil MacCormick, a quem L. Lopes se refere como “um escocês, portanto familiarizado com a maneira de pensar do direito romano-canônico”, consegue *esclarecer* “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, de uma outra regra mais geral ou mesmo pressuposta”.¹² Embora me pareça promissor, não estou convencido do verdadeiro alcance do segundo *insight* de L. Lopes, i.e., não me parece tão direta a ligação a ser feita entre as obras dos jurista alemães mencionados e a teoria dos princípios de R. Dworkin.¹³ O primeiro ponto de L.

10 LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. p. 54.

11 LOPES, José Reinaldo de Lima. **Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras**. p. 58. Essa frase é de elaboração mais cuidadosa do que a frase inicial do autor: “invocar princípios em lugar de regras *não esclarece em nada* o raciocínio de quem decide” [grifo nosso] (p. 49).

12 LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. p. 54.

13 A. Kaufmann sustentava que os princípios de Dworkin nada mais seriam do que os “princípios gerais do direito” dos continentais, princípios esses que preencheriam as lacunas da lei (KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Orgs.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manoel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação

Lopes, porém, parece-me deva ser explorado mais de perto, e é ele que pretendo levar a sério no presente ensaio.

A proposta deste estudo, portanto, é bastante limitada, porque não trato da teoria de Dworkin como um todo, mas somente da sua proposta inicial sobre os princípios jurídicos, e ainda assim parte dela. Minha intenção básica é mostrar que no mundo anglo-americano as primeiras ideias dworkinianas acerca dos princípios jurídicos não eram inteiramente novas e que, no que supostamente tinham de novo, ou se mostraram ideias pouco esclarecedoras (e a culpa é de Dworkin), ou foram abandonadas pelo próprio autor e seguidas somente pela doutrina brasileira (e a culpa então é obviamente nossa).¹⁴

Seja como for, é bom lembrar que a teoria jurídica de Dworkin tem sido dura e amplamente criticada em quase todos os seus pontos e que no mundo anglo-americano há posições de autores respeitáveis os quais expressamente sustentam que as ideias e as teorias de Dworkin — não somente sua “teoria dos princípios” — *nada* acrescentam à teoria e à filosofia do direito.¹⁵ Não concordo com essa visão,¹⁶ e minha impressão é de que a maioria dos juristas anglo-americanos também não concorda. É certo que o debate havido na teoria do direito anglo-americana (e no

Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57-208, citação da p. 158-9; KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 74 e 77). E Clóvis Beviláqua, em artigo publicado em 1913 sob o sugestivo título “*a função do intérprete*”, expôs comparativamente o papel supletivo dos “princípios gerais do direito” no então projeto de Código Civil, referindo ali que os Códigos Cívicos austríaco e português traziam a expressão “princípios gerais do direito natural”, enquanto que o Projeto primitivo do Código Civil brasileiro, na esteira do anterior projeto de Coelho Rodrigues, se referia ao “espírito da lei”. O importante aqui é que Beviláqua equiparava o significado das três expressões: “As três expressões — *princípios do direito natural, princípios gerais do direito e espírito da lei*, pretendem significar aqui a mesma coisa” (BEVILÁQUA, Clóvis. *A função do intérprete*. **Revista de Direito (Bento de Faria)**, Rio de Janeiro, v. 29, fasc. 1, p. 241-254, jul. 1913, citação da p. 244). Mais adiante, o autor referia que, por meio dos princípios gerais do direito, “o jurista penetra em um campo mais dilatado, procura apanhar as correntes diretoras do pensamento jurídico e canalizá-las para onde a necessidade social mostra a insuficiência do direito positivo” (p. 246).

- 14 De certa forma, vou contextualizar, no mundo anglo-americano, a teoria dos princípios de Dworkin. Por outro lado, fica aqui um *mea culpa*: no final do século passado, logo no início da recepção da obra desses autores no Brasil, quando escrevi dissertação de mestrado, publicada há mais de década (ver GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 201-12), também fiz menção acrítica à teoria dos princípios de Dworkin (e de Alexy); isso foi revisto na 2. ed. da obra (2013).
- 15 O mais incisivo dos críticos é sem dúvida Brian Leiter, hoje Professor na *Chicago Law School*. Ver, p. ex., LEITER, Brian. The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century. **Rutgers Law Journal**, v. 36, p. 165-181, 2004; e LEITER, Brian. In Praise of Realism (and Against “Nonsense” Jurisprudence). **The Georgetown Law Journal**, v. 100, p. 865-893, 2012.
- 16 Sobre Dworkin, parecem-me essencialmente corretas a visão jusfilosófica expostas por POSCHER, Ralf. The Hand of Midas: When Concepts Turn Legal or Deflating the Hart-Dworkin Debate. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietmar von der (Eds.). **Concepts in Law**. Springer, 2009, p. 99-115, mormente p. 109-15.

mundo jurídico desenvolvido em geral) dá menos importância para a concepção de princípios e regras de Dworkin, mas isso só se depois que a teoria foi criticamente estudada; mais importante, houve, na teoria do direito anglo-americano, um debate riquíssimo sobre esse e outros pontos da vasta obra do autor que *partiram* dessa distinção, debate esse que em nada se parece com a predominantemente laudatória e acrítica recepção de Dworkin no Brasil.¹⁷ Há, portanto, um enorme fosso que separa o de bate teórico anglo-americano/europeu e brasileiro.

Seja-me permitida então breve observação sobre o título, o qual de certa forma encerra um dos objetivos principais do artigo: sua expressão central, *desmistificando* os princípios jurídicos de Dworkin, não quer ser muito mais que uma provocação. A provocação, porém, tem várias razões de ser, que espero fiquem claras no decorrer do texto. Ressalto desde logo uma delas, que já mencionei acima e vai depois explorada: no ambiente jurídico no qual a “teoria dos princípios” de Dworkin nasceu e se desenvolveu, não mais existe grande interesse pela teoria, que é mencionada *en passant* nos melhores livros introdutórios sobre teoria do direito.¹⁸

Por outro lado, a contextualização da obra de Dworkin pode servir para aquilatar a procedência de algumas críticas aos seus escritos, especificamente a crítica da insularidade (do tipo, “Dworkin escreve para os seus pares norte-americanos”, ou, mais restritivamente, “para os norte-americanos liberais”). Confesso que neste ponto está o germe de outro ensaio, talvez mais interessante, sobre a possibilidade e as dificuldades de “recepção” de uma teoria do direito como a de Ronald Dworkin no Brasil.

17 Em sentido semelhante, ver ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 2013, p. 139, bem como o recentíssimo ensaio de TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Princípios Jurídicos e Positivismo Jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen? In: OLIVEIRA, Júlio A. De; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs). **Hans Kelsen: Teoria Jurídica e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 185-212 (aludindo à acrítica recepção de Dworkin no Brasil, especialmente p. 186-7 e nota 3). A tese de livre-docência de Ronaldo Porto Macedo Jr. chegou-me às mãos tarde e não pôde ser aqui analisada, porque um trabalho dessa envergadura pressupõe leitura cuidadosa. Ver MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013

18 Quero ser bem compreendido: isso não significa que não tenha sido importante para levantar discussões cruciais na teoria do direito contemporânea. Para um livro introdutório que menciona com muita clareza a teoria e explora suas consequências, ver, p. ex., BIX, Brian **Jurisprudence: Theory and Context**. 6. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2012, p. 91-3. Neste aspecto tem razão ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 2013, p. 140, quando observa ser “no mínimo curioso, para dizer pouco, que boa parte da doutrina nacional, ainda continue a defender argumentos já abandonados, até mesmo pelos próprios autores”. Essa correta observação de H. Ávila apareceu somente na 12. ed. de seu estudo crítico (**Teoria dos Princípios**. 2011, p. 131-2), mas poderia ter sido feita na 1.ed. ainda em 2003.

Para a “desmistificação” que me proponho, penso que seja útil percorrer um pouco a história do pensamento jurídico norte-americano no qual Dworkin está inserido para comparar com o pensamento jurídico continental e saber *o que se discutia à época* em que Dworkin foi tentado a lançar mão dos “princípios”. Vou então contextualizar a obra de Dworkin em período a nós pouco conhecido do direito norte-americano para mostrar que Dworkin não fez muito além de elaborar ideias já contidas nas obras de dois autores: Roscoe Pound (1870-1964), certamente conhecido (mas pouquíssimo lido) pelos juristas brasileiros, e John Dickinson (1894-1952), este totalmente desconhecido por nós.

Assim, se devo indicar objetivos a este ensaio, são basicamente dois, interdependentes: primeiro, bastante modesto, quero contextualizar a teoria dos princípios de Dworkin no tempo e no espaço; segundo, pretendo expor, na contracorrente do que se tem produzido no Brasil, algumas visões menos rósea da teoria dos princípios de Dworkin, assim contribuindo, talvez, para a sua desmistificação. Se devo indicar um “método”, ele é, preponderantemente, dialético e, em necessário paralelo, histórico, dado o objetivo primeiro do trabalho.

O que segue no item 1 abaixo deve ser encarado como uma pequena contribuição sobre a história das ideias jurídicas, e não propriamente como um estudo de teoria ou filosofia do direito. Tenho em mente uma distinção fina e importante tomada da impressionante obra de Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights*, segundo a qual ao historiador não importa tanto a discussão sobre a validade ou a correção da proposição de Hume de que “não se pode derivar um dever ser de um ser” (*you can't get an ought from an is*), a qual tem ocupado tanto os filósofos; para o historiador, diz Tierney, sempre há um “ser” por trás de cada “dever ser”, e a tarefa do historiador é desvendar qual era a “seridade” (“*isness*”) escondida por cada “proposição de dever ser” (“*oughtness*”) *que se poderia esperar que florescesse* naquele específico ambiente cultural. Noutras palavras, o historiador pretende identificar o contexto histórico no qual certos valores morais passam a existir, o que não significa que para o historiador esses valores sejam relativos; significa apenas que *não existem no vácuo*.¹⁹ Transplantando essa penetrante ideia para o nosso tema, interessará menos aqui a eventual correção

19 Ver TIERNEY, Brian. *The Idea of Natural Rights*. Michigan: Emory University, 1997. p. 6.

(moral ou jurídica ou ambas) da ideia de princípios jurídicos em si, mas sim o contexto no qual ela *poderia ter florescido*, como de fato floresceu.

1 POUND, DICKINSON E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

É lugar-comum a crítica de que Dworkin não costuma citar suas fontes, o que parece aumentar a curiosidade sobre os fundamentos teóricos e filosóficos de sua teoria.²⁰ É possível, contudo, encontrá-las, ainda que indiretas e mesmo que envoltas em contextos distantes a nós, continentais. Penso que isso é importante para compreendermos o caminho perseguido por Dworkin na construção do seu ataque ao positivismo de H.L.A. Hart e de sua exposição inicial sobre os princípios jurídicos.

Num ensaio de somente três páginas publicado na primavera de 1967 e intitulado *The Case for Law — A Critique*, no qual criticava um artigo de Roscoe Pound de mesmo título publicado nas páginas anteriores do mesmo volume da *Valparaiso Law Review*, R. Dworkin (então um jovem de 36 anos, Professor em Yale, que dois anos depois ocuparia a cátedra de H.L.A. Hart em Oxford), anunciava que R. Pound (um dos ícones da teoria do direito norte-americano e falecido três anos antes aos 94) tivera *insights* úteis e corretos sobre o tratamento que os positivistas haviam até então dado aos princípios jurídicos: um tratamento “meramente exortatório”. Mas Pound, “por falta de disciplina”, dizia Dworkin, “parou no começo e não ofereceu mais do que as simples assertivas que John Dickinson havia cuidadosamente esmiuçado em 1929”.²¹

O que dissera Pound no artigo criticado por Dworkin? Pound afirmara o seguinte:

(...) a parte vital e perene do direito está nos princípios—*pontos de partida* ao raciocínio, não nas regras. Princípios permanecem relativamente constantes ou se desenvolvem num sentido constante. Regras têm

20 Para um estudo recente sobre as influências filosóficas de Dworkin, ver BROOKS, Thom. Between Natural Law and Legal Positivism: Dworkin and Hegel on Legal Theory. **Georgia State University Law Review**, v. 23, p. 513-560, 2007 (ligando Dworkin a Hegel).

21 DWORKIN, Ronald. The Case for Law — A Critique. **Valparaiso University Law Review**, v. 1, n. 2, p. 215-217, Spring 1966, citação da p. 217. Até onde sei, essa é a única vez que Dickinson é mencionado por Dworkin. Anoto que H.L.A. Hart cita Dickinson várias vezes no pós-escrito à 2. ed. do *The Concept of Law*. Ver HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 2nd. ed. New York: Oxford University Press, 1994. p. 291, 297-8.

vida relativamente curta. Elas não se desenvolvem; elas são repelidas e substituídas por outras regras.²² [grifo nosso].

Na página seguinte, Pound disse mais:

A teoria analítica do direito norte-americana e inglesa [...] causou dano ao instilar a ideia de direito como um conjunto de leis e de um direito como uma regra que vincula uma específica e definida consequência a um fato específico ou conjunto de fatos. Leis, consideradas isoladamente, são instrumentos de tiranos e ditadores. Elas podem ser ditadas de cima para baixo e aplicadas arbitrariamente. Mas, por outro lado, elas podem ser instrumentos de um sistema ordenado de aplicação da força de uma sociedade politicamente organizada de acordo com ideais de justiça e uma técnica de promoção de *princípios tomados como pontos de partida do raciocínio jurídico*. [grifo nosso]

Roscoe Pound opunha ali a generalidade e a perenidade dos princípios à especificidade e à efemeridade das regras. É necessária novamente uma citação um pouco extensa:

Na teoria do direito, há, de um lado, os princípios universais, i.e., *pontos de partida* para guia da ordem geral das relações e condução da vida em sociedade, e, de outro lado, a prescrição de regras específicas adaptadas às condições locais étnicas, geográficas, históricas, que frequentemente variam muito de lugar a lugar. *Os dois campos são bem distintos mas confluem numa linha difícil de traçar com exatidão*. Há uma tendência de acentuar os princípios gerais ou as regras específicas de acordo com linhas de tempo e lugar traçadas historicamente.²³ [grifo nosso]

O que consta nesses excertos poderia ter sido escrito por Dworkin, e, suspeito, se eu não houvesse referido o autor das passagens no início, ninguém teria dificuldade de indicar Ronald Dworkin como sendo esse autor. Estariam todos errados — o texto é de Roscoe Pound.

Quem quer fazer história das ideias jurídicas de forma séria precisa anotar que essa não era uma visão nova no pensamento de Pound. E quem lê somente esse artigo poderia objetar que o curto estudo, publicado postumamente, não

22 POUND, Roscoe. The Case for Law. **Valparaiso University Law Review**, v. 1, n. 2, p. 201-214, Spring 1967, citação da p. 202.

23 POUND, Roscoe. **The Case for Law**. p. 203-4.

era muito elaborado e, concordando com Dworkin no artigo de 1967, poderia ser mesmo um tanto pobre. A objeção talvez ganhasse força se considerássemos ainda que esse artigo de Pound era nada mais que a edição de um manuscrito que servira de base à conferência proferida por Pound num evento provavelmente festivo, o centenário da *Valparaiso University* em 1959. Essa conjuntura talvez não recomendasse a conclusão de que ali naquele artigo estivessem as ideias acabadas de um autor tão importante ao direito norte-americano. Não parece, contudo, ser essa a melhor leitura a ser feita da obra de Pound. Os excertos acima transcritos parecem refletir as posições maduras de um autor consciente que as elaborou muitos anos antes e as expôs com cuidado por longo tempo.

Nathan Roscoe Pound era um homem de cultura enciclopédica e obra vastíssima (escreveu mais de trezentos artigos e inúmeros livros), conhecedor do direito europeu como pouquíssimos anglo-americanos em todos os tempos. Em agosto de 1932, ano posterior ao nascimento de Dworkin, Pound apresentou, no Congresso Internacional de Direito Comparado em Haia, trabalho sob título de *Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law*, o qual foi publicado em 1933. Ali o autor já deixava claras suas ideias sobre o tema. Vou expor resumidamente os pontos principais defendidos por Pound nesse artigo; creio que ficaremos ainda mais convencidos da influência das ideias de Pound sobre Dworkin.

Qual é a ideia defendida neste estudo de direito comparado? Pound começa indicando que, *dependendo do ponto de vista* de quem pergunta ou responde à questão “o que é o direito?” (juiz, professor, advogado, servidor), a resposta poderia ter uma ou outra ênfase; mas que ele, Pound, iria tentar dar uma resposta do ponto de vista da atividade do juiz, e para isso ele entenderia o direito como “o corpo de materiais dotados de autoridade (*authoritative materials*) prescritos ou recebidos como a base para a decisão judicial”.²⁴ No artigo, Pound deixava claras duas suposições: (1) que, para saber o que era o direito, o juiz precisaria conhecer os *materiais dotados de autoridade* ou *fontes autoritativas* (*authoritative materials*); (2) por *fontes* do direito ele entenderia como sendo a literatura, oficial ou não, no qual os *authoritative materials* estivessem presentes. O que seriam esses

²⁴ POUND, Roscoe. *Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law*. **Tulane Law Review**, v. 7, n. 4, p. 475-487, June 1933, citação da p. 476. Outra tradução possível para *authoritative materials* é *fontes autoritativas*. Este é, como se sabe, o *ponto* do direito, que no fim das contas é sempre um problema de *fontes*.

“materiais”? Pound revela que, na *common law* tradicional, eles seriam as “regras de decisão” (*rules of decisions*), e assim passaram ao direito norte-americano. Desse modo, explicava Pound, o direito, é dizer, os *authoritative materials* que seriam a fonte de direito na qual o juiz deveria embasar sua decisão, seria, nessa visão, “um conjunto de regras de decisão”.²⁵ A equação era, então, esta: *common law* = aplicação das fontes autoritativas, i.e., das regras de decisão. Isso equivalia à aplicação *objetiva* do direito.

Essa visão da *common law*, porém, era limitada, dizia Pound. As “regras” várias vezes deixavam de cobrir os casos com clareza, mormente nos casos envolvendo mudança social e desenvolvimento econômico. Nesses casos, nos quais *um estado novo de fatos* ocorria, a técnica de aplicar as regras de decisão, que eram os preceitos dotados de autoridade disponíveis, era insuficiente. Isso, ou seja, o novo estado de fatos, não cobertos pelas regras, havia gerado a seguinte visão: a decisão judicial não era em verdade baseada em “regras de decisão”, ou seja, não era baseada nos materiais dotados de autoridade, ou seja, não era uma decisão objetiva, mas sim uma decisão subjetiva, não mais baseada no direito.²⁶ A equação muda: *common law* = aplicação de regras não jurídicas, i.e., regras *subjetivas*. Em suma, e essa história é mais conhecida de todos nós, estaríamos diante de uma faceta do *Realismo Jurídico norte-americano*, cujo precursor é Oliver W. Holmes Jr., sendo Benjamim Cardozo um dos seus expoentes.²⁷ Não por acaso, nesta parte do artigo Pound menciona ambos.

A escolha apresentada seria, então, para Pound, entre os dois seguintes cenários: “direito como sistema de regras e direito como tudo aquilo que determina [ou seja, todos os elementos subjetivos] a atividade judicial”. Entretanto, “não devemos estar limitados” a escolher entre essas duas possibilidades, dizia Pound; porque o “direito é mais complexo que um sistema de regras”. O que se passou? Ocorreu, explicava Pound, que a visão ou a teoria do direito como “sistema de regras” aplicáveis

25 POUND, Roscoe. Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law. p. 480.

26 POUND, Roscoe. Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law. p. 481-2.

27 Houve uma imensa discussão no direito norte-americano sobre quem era ou deixava de ser “realista”. Uma visão panorâmica interessante sobre o “movimento” realista encontra-se em BIX, Brian **Jurisprudence**, cap. 17. Quando ainda cursava o doutoramento no exterior, esbocei algumas linhas sobre o assunto, sob a influência de uma historiadora do direito adepta dos *Critical Legal Studies*. A visão geral ali colocada ainda me parece útil ao leitor brasileiro. Ver GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: Breve Esboço Acerca de Dicotomias, Ideologia e Pureza no Direito dos USA. **Revista de Direito Administrativo**, v. 239, p. 359-388, 2005.

no seu “sentido mais estrito” foi, “por razões a serem encontradas na história do pensamento jurídico”, tomada como uma teoria aplicável a todo o direito.²⁸

Qual a solução de Pound? Sustentar que os *authoritative materials* não se confinavam às regras — e ele expressamente colocava entre parênteses: *no sentido mais estreito (in the narrower sense)* —, mas sim eram compostos por princípios (*principles*), concepções (*conceptions*), doutrinas e *standards*. Esses todos seriam “preceitos dotados de autoridade” (*authoritative precepts*).

Com o perdão da longa citação, não tenho como deixar de dar a palavra a Pound agora:

2. Princípios. Esses são pontos de partida do raciocínio jurídico dotados de autoridade, empregados legítima e continuamente onde os casos não são cobertos ou não são inteira ou obviamente cobertos pelas regras no sentido mais estrito. O seu uso é ajustado com a teoria do direito como um corpo de regras ao assumir que eles [os princípios] são usados para descobrir a regra aplicável. Muito frequentemente esses pontos de partida dotados de autoridade competem [entre si]. Frequentemente deve-se escolher o ponto de partida [i.e., princípio] do qual se deve seguir mas não há preceito disponível determinando qual deve ser escolhido. [...]

Esses princípios não prescrevem qualquer resultado jurídico específico e definido como consequência de qualquer estado de fato específico e definido. [...] Eles não oferecem quaisquer caminhos para situações definidas. Eles são pontos de partida dos quais se procede de acordo com a técnica definida. Como exemplos pode-se citar a proposição de que a responsabilidade é um corolário da negligência, à qual as cortes norte-americanas e os autores quiseram em vão conformar nossas leis no século dezenove, mas por meio da qual eles foram capazes de dar melhor tratamento a muitos casos; a proposição de que não se pode enriquecer injustamente às expensas de outro [...]. Algum número de proposições desse tipo, a partir das quais o raciocínio jurídico prossegue, ocorrerá ao jurista continental. Na maioria dos casos eles vêm do direito romano ou do moderno direito romano e são um elemento comum no direito de todos os países. Eles não são resultado do trabalho dos legisladores ou das cortes. Eles vêm dos operadores do direito (*lawyers*), em regra de escritores e professores, e são melhor formulados em escritos doutrinários.

28 POUND, Roscoe. *Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law*. p. 482, para todas as citações deste parágrafo do texto acima.

Na prática a hierarquia das formas é menos provável de ser observada no caso dos princípios. Quando eles entram em cena a escolha dos princípios é decisiva, e essa escolha é raramente fixada por meio de um preceito dotado de autoridade (*authoritatively fixed*). Na Europa Continental e na América Latina algo [princípios] análogo é encontrado em fórmulas legislativas. Na Inglaterra, em domínios Britânicos e nos Estados Unidos, eles [os princípios] são encontrados em decisões judiciais. Mas a dificuldade da decisão repousa na ausência de qualquer preceito que determine o uso de uma analogia e não outra. A referência a algum princípio, como formulado por algum doutrinador, é uma saída, e esse princípio é de provável escolha, consciente ou inconscientemente à medida do ideal recebido.²⁹

Pound foi ainda mais longe. Em janeiro de 1942, numa série de *lectures* proferidas na Universidade de Notre Dame, depois publicadas em longo artigo intitulado *The Revival of Natural Law* (contextualizado devidamente, o título fala por si), Pound mais uma vez faz referência às técnicas de decisão aplicando os mesmos materiais dotados de autoridade, à escolha dos pontos de partida do raciocínio jurídico (os princípios), etc.³⁰ Na ocasião, Pound entendeu de elevar ainda mais o alcance dos princípios: “A teoria filosófica do direito tem estudado a base filosófica das instituições jurídicas, das doutrinas e preceitos jurídicos e procurado encontrar princípios fundamentais de direito universal por meio da filosofia”.³¹ Fico por aqui nas citações de Pound, porque me parece que as vinculações entre ele e Dworkin estão estabelecidas.

Seria, contudo, um grande erro dizer que Dworkin, mesmo em seus escritos iniciais (compilados no livro *Taking Rights Seriously*, de 1977), não acresceu nada ao que Pound propunha. Como diz um sociólogo do direito britânico de aguda visão histórica sobre a teoria do direito, Pound asseverava que o direito deveria ser entendido como sendo formado por preceitos de várias ordens, regras, princípios, concepções, *standards*, enquanto que Dworkin tentou firmemente especificar a diferença entre princípios e regras e mostrar o motivo pelo qual o “modelo de regras” era insatisfatório.³² Para o meu propósito “desmistificador”,

29 POUND, Roscoe. Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law. p. 483-4.

30 Ver POUND, Roscoe. *The Revival of Natural Law*. **Notre Dame Lawyer**, v. 42, n. 4, p. 287-372, June 1942, especificamente p. 288-9.

31 Ver POUND, Roscoe. **The Revival of Natural Law**. p. 289.

32 Ver COTTERRELL, Roger. **The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 160-1.

porém, parece claro que Dworkin partiu de ideias já postas sobre a insuficiência de uma abordagem do direito restrita às “regras”.

Seja como for, o mais importante dessa contextualização talvez seja isto: tanto Dworkin como Pound parecem utilizar os princípios como um *instrumento* para objetivos outros que não o metodológico-descritivo de dividir as normas em categorias aptas a organizar o pensamento jurídico na resolução de casos. Ambos, Pound e Dworkin, pretenderam chamar a atenção para a relação do fenômeno jurídico para com outras esferas normativas (moral e política, no caso de Dworkin) e de relação (sociologia, no caso de Pound) *para poderem legitimar, juridicamente, pontos de vista político-morais*. No caso de Dworkin, a relação dos princípios será com os *liberal rights*; no caso de Pound, os princípios são utilizados como supostos “fundamentos” de uma sociedade na qual a *common law* está embebida, um *ethos* que não poderia ficar à disposição da pura “legitimidade democrática” (“*King Demos*”, como ele referia).³³

Penso que isso é suficiente sobre Pound. Passo a analisar, mesmo que brevemente, alguns escritos de J. Dickinson, e o faço até por pista sugerida pelo jovem Dworkin em 1967. Se não fosse por outro motivo, lembro que o clássico exemplo de “regra” dado por Dworkin do número de testemunhas necessárias para um testamento válido, utilizada desde 1967 no primeiro artigo influente de Dworkin, *The Model of Rules I*, depois republicado em 1977 no livro *Taking Rights Seriously*, é justamente o exemplo dado por Dickinson, mas em outro artigo, não o mencionado por Dworkin (de 1929).³⁴ Obviamente que não pretendo vender a ideia de que Dickinson influenciou Dworkin em razão deste trivial exemplo, que talvez pudesse ser dado por um atento estudante de direito do primeiro ano. Preciso então prosseguir na análise de outros artigos de Dickinson (jamais mencionados por Dworkin), o que farei um pouco depois. Antes vamos analisar o que disse Dickinson no artigo citado por Dworkin, o artigo de 1929.

33 Em sentido semelhante, ver COTTERRELL, Roger. **The Politics of Jurisprudence**. p. 161. A visão exposta é bem conhecida: os “princípios” são utilizados para sustentar a possibilidade de defesa de direitos individuais contra a maioria. Minha sugestão de interpretação é que essa pode ser a razão última, o *fundamento* tanto das ideias de Pound quanto de Dworkin sobre a dificuldade de explicar o sistema da *common law* com a visão “estreita” das regras.

34 Ver DICKINSON, John. Legal Rules — Their Function in the Process of Decision. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 79, n. 7, p. 833-868, 1930, especificamente p. 847. Para o exemplo de Dworkin, ver DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 24.

Quero antes deixar claro que meu ponto não é fazer um cavalo de batalha sobre um falso problema de saber quem teria influenciado Ronald Dworkin, e que tampouco quero criar uma hipótese de investigação inexplorada a qual, se fosse seguida, desvendaria o nó górdio de teoria do direito. Devo confessar que esse *link* entre Dickinson e Dworkin é uma hipótese que preciso ainda investigar melhor; navego quase a esmo nessas águas, porque, se Pound já foi tido como sendo um dos precursores da teoria de Dworkin,³⁵ Dickinson, ao que eu saiba, jamais o foi — estou sozinho neste barco. Mas suponho que seja uma viagem interessante a ser feita, ainda que curta, para poder cumprir um dos objetivos deste ensaio: desmistificar, via contextualização, a teoria dos princípios de Dworkin.

Um pouco sobre John Dickinson, esse desconhecido.³⁶ O menino Dickinson fora uma espécie de prodígio: desde cedo adquiriu gosto pela literatura grega e latina, e seu histórico escolar no que nós chamaríamos hoje de ensino fundamental, feito na *Boy's Latin School*, foi, na época, o melhor em 108 anos de história da instituição. Aos dezenove anos ele estaria formado em *Classics* (algo como estudos clássicos) no que chamaríamos de ensino médio pela *John Hopkins*, atingindo, nos quatro anos de estudo, uma média que não chegou à perfeição por 0,08 pontos. Daí Dickinson saiu para estudar história, ciência política e teoria do direito na Universidade de Princeton, onde foi multipremiado. A Guerra, na qual foi tenente, interrompeu seus estudos, retomados depois para completar um Ph.D. concluído em junho de 1919, quando John contava 25 anos. No Outono de 1919, a Universidade de Harvard o contratou como tutor no Departamento de História, Ciência Política e Economia. Como estava em Harvard, aproveitou para cursar a *Law School*; completou em dois o curso de três anos e foi advogar.

Mas nem as universidades, nem o setor público deixaram mais de querer os seus serviços por toda a vida. As Universidades de Harvard, Princeton, Yale, da Pennsylvania disputaram-no, e Dickinson passou nesta última quase vinte anos. Em 1927 ele publicou a tradução, do latim ao inglês, que fizera do *Policraticus*,

35 Ver COTTERRELL, Roger. **The Politics of Jurisprudence**. p. 145-74; ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 65 e 89.

36 O leitor interessado encontrará uma resenha da vida e obra de J. Dickinson em HASKINS, George L. John Dickinson: 1894-1952. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 101, n. 1, p. 1-25, October 1952, de onde foram tiradas as informações do texto. Este parágrafo do texto poderia ser reservado a um rodapé, mas preferi mantê-lo no texto devido à opção de conservar a oralidade do trabalho.

tratado medieval de John de Salibury, publicado em meados do séc. XII. No mesmo ano de 1927, a *Harvard University Press* publicou o seu primeiro livro jurídico, *Administrative Justice*. Quando na *University of Pennsylvania Law School*, jamais deixou de atuar no setor público, sempre nos altos escalões do Governo, onde ocupou postos-chave em vários departamentos. Nas universidades, ensinava direito administrativo, constitucional, teoria do direito e *legal reasoning* — e Dickinson escreveu sobre todos esses temas. O jovem Ronald Dworkin conhecia seus escritos, ao menos um deles.

Por fim, anoto que Dickinson era homem de cultura enciclopédica, que lia fluentemente em várias línguas. Seus artigos — aos quais encontrava tempo para produzir, embora jamais se tenha limitado a exercer somente a docência, a qual igualmente nunca abandonou — demonstram impressionante familiaridade com o direito europeu e o direito romano. É impossível não ver aqui uma semelhança com Pound.³⁷ *Enough for the man*. Vamos à sua obra, começando pelo artigo de 1929 indicado por Dworkin em 1967.

Trata-se de estudo que tem duas partes, 71 páginas ao todo, no qual Dickinson quer descobrir o que está “por trás” do direito; o sugestivo título é *The Law Behind Law*. Saliento o que interessa agora: Dickinson faz alusão aos princípios jurídicos da *common law* e cita decisão de corte inglesa de 1774 na qual Lord Mansfield referia que o direito inglês “seria uma ciência estranha se decidisse apenas com base nos precedentes.” E continuava: “Precedentes servem para *ilustrar princípios* [. . .] e esses *princípios* se aplicam a todos os casos de acordo com as circunstâncias particulares [...]”, bem como decisão de corte americana de 1903 na qual se afirmou claramente isto:

A teoria do nosso sistema é que o direito consiste não em regras textuais que são feitas cumprir por decisões das cortes em alguma época, mas *em princípios dos quais essas regras se originam*; esses velhos princípios são aplicados a casos novos, e as regras resultantes dessas aplicações são modificadas de tempos em tempos de acordo com o que pedem os novos estados de fatos.³⁸

37 Uma das críticas de L. Lopes a Dworkin é que este ignora a teoria do direito da família romano-germânica.

38 DICKINSON, John. *The Law Behind the Law*. **Columbia Law Review**, v. 29, n. 2, p. 113-146, February 1929, citação da p. 120 (a citação entre aspas refere-se às palavras da corte) [grifo nosso].

Dickinson faz a seguir uma série de comentários sobre a possibilidade de serem alcançados diferentes resultados acaso escolhidos diferentes princípios para reger a aplicação das regras. O estudo é longo, mas é possível com segurança dizer que as ideias são bastante similares às de Pound (Dickinson discute casos de responsabilidade civil e princípios desse ramo do direito).

Em outro estudo, publicado no ano seguinte, Dickinson faz referência à maior ou menor vagueza das regras: “Muitas regras, contudo, não são assim específicas”, dizia ele, dando como o “mais familiar exemplo” de regra que permite “considerável latitude quanto ao que pode ou não ser incluído em seu âmbito [de aplicação]” a regra básica da responsabilidade civil por negligência no emprego das “diligências devidas conforme as circunstâncias”.³⁹

Ainda um ano depois, 1931, outro estudo de Dickinson merece menção. O título, *Legal Rules — Their Application and Elaboration*, é sugestivo. Dickinson distingue “elaboração” e “aplicação” das regras (*rules*) e parece derivar de Pound a mesma forma de argumentação sobre as regras e os princípios, bem como sobre o caráter *authoritative* dos preceitos.⁴⁰ O ponto que importa aqui é este: Dickinson refere que há regras mais ou menos gerais, e sua “elaboração” pode depender de raciocínios tanto “de baixo para cima” como o contrário,⁴¹ e que o processo de “aplicação” da regra envolve o mesmo procedimento tanto para regras mais gerais quanto mais específicas; a explicação sobre o que é um juízo jurídico de aplicação de regras é, em essência, a mesma explicação dada por L. Lopes, sem qualquer recurso a distinções artificiais entre regras e princípios ou pesos ou aplicações lógicas.

Pois bem. Qual a relevância de toda essa história para a compreensão de regras e princípios em Dworkin? O primeiro ponto a enfatizar é simples, e a esta altura deve já ter sido apreendido: as ideias de Dworkin sobre regras e princípios apresentadas em *The Model of Rules I* em 1967 tinham pouco de novo no âmbito do direito norte-americano. Mais que isso, se pensarmos um pouco além e conhecermos a história até aqui contada, talvez possamos compreender melhor a resposta

39 DICKINSON, John. *Legal Rules — Their Function in the Process of Decision*. p. 852.

40 Ver DICKINSON, John Dickinson. *Legal Rules: Their Application and Elaboration*. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 79, p. 1052-1096, June 1931, especificamente p. 1055-6.

41 DICKINSON, John Dickinson. *Legal Rules: Their Application and Elaboration*. p. 1058.

de H.L.A. Hart às críticas de Dworkin fornecida no *Pós-escrito* de *O Conceito de Direito*, no qual Hart concede que falhou ao não mencionar os princípios na sua obra seminal. Penso que devemos entender assim essa “concessão”: alguém com as pretensões analíticas de Hart, herdeiro da filosofia da linguagem ordinária de Oxford à época, simplesmente deu curso à linguagem ordinária da *common law* ao centrar sua análise do direito como sendo um “conjunto de regras”. É claro que nessas regras estariam englobados os “princípios”, i.e., regras mais gerais.

Mas aqui já estamos vivendo na era dworkiniana. E quem melhor explicará as impropriedades da teoria de Dworkin na tradição anglo-americana é Joseph Raz, muito cedo, em 1972, em artigo intitulado *Legal Principles and the Limits of Law*. Os argumentos de Raz (que podem gerar certa confusão, é verdade, porque o autor usa termos intercambiáveis como *law*, *laws* e *norms* de formas várias), raramente foram cuidadosamente escrutinados pela doutrina nacional, embora o artigo seja mencionado, sem mais, aqui e ali.⁴² Vou explorar o referido artigo brevemente no próximo item. É interessante notar que muitas das suas ideias se assemelham às de L. Lopes, cujos *insights* permanecem em guia.

2 RAZ, DWORKIN, PRINCÍPIOS E REGRAS

Joseph Raz faz duas observações dignas de nota para o que nos interessa. A primeira diz com o que ele chama “individuação” (*individuation*), recuperado dos Capítulos IV e VI da sua tese de doutoramento em Oxford, *The Concept of a Legal System*, publicado em 1970.⁴³ Em suma, a *individuação* da norma jurídica é tarefa do filósofo do direito em primeiro lugar; e essa tarefa, diz Raz, é dupla: o teórico

42 Este estudo de Raz passou a ser citado por H. Ávila só recentemente (**Teoria dos Princípios**. 2011, p. 131, nota 174; e 2013, p. 139, nota 177), mas não é comentado pelo autor. Anote-se que SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31, se refere à ideia de Raz sobre regras e princípios, mas menciona obra posterior de Raz (**Practical Reasons and Norms**, 1975), na qual a distinção é desconsiderada e meramente enunciada por Virgílio. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Garparetto. O Positivismo Jurídico Diante da Principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008, p. 179-197, mencionam na p. 186 o artigo de Raz apenas para servir como evidência da tese — correta, penso eu —, sustentada pelos autores brasileiros, de que os positivistas aceitam os princípios jurídicos. Embora não tenha sido objeto de análise específica, A. Travessoni retira conclusões apropriadas do artigo de J. Raz. Ver TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **Princípios Jurídicos e Positivismo Jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen?** p. 188-9.

43 Uso a 2. ed., não modificada, de 1980. Essa ideia é retirada por Raz de Kelsen e Bentham. Nenhum dos dois será aqui tratado.

do direito deve formular (1) os critérios pelos quais será determinada a identidade do material jurídico dotado de autoridade (*authoritative legal material*) e (2) os “princípios de individuação das normas, para determinar quanto da matéria contida no sistema como um todo servirá para construir o direito”.⁴⁴ Simplificando muito, o que Raz pretende dizer é que a construção de um sistema jurídico — e das normas jurídicas, quaisquer normas, regras ou princípios, seja o que signifiquem — depende de uma bastante complexa, variável e intrincada relação entre o “material jurídico dotado de autoridade” ou “fonte jurídica autoritativa” (*authoritative legal material*) encontrada em cada sistema jurídico. Diz Raz:

Toda teoria sobre as espécies lógicas de normas pressupõe uma doutrina da individuação das normas, e via de regra ela pode ser atacada ou defendida somente atacando ou defendendo sua implícita doutrina da individuação.⁴⁵

O ponto para o qual Raz chama atenção aqui é o de que a estrutura interna de um sistema jurídico, por um lado, e a individuação do que compõe esse sistema de normas, por outro, é que deve ser discutido; do contrário, observou Raz há mais de quarenta anos, falar no *status* ou no peso dos “princípios” não faz sentido. E o próprio Raz esclarece o ponto: algumas vezes as cortes fazem referência a princípios, ou anunciam princípios, que nada mais são do que uma breve alusão a um conjunto de regras. Por exemplo, alguém dirá que nos USA (ou no Brasil) existe o princípio da “liberdade de expressão”; perguntando o que isso significa, esse alguém responderá que as únicas normas estabelecidas contra essa liberdade se referem à segurança militar, e que a censura de filmes, livros e teatro justificam-se na proteção às crianças e aos adolescentes, que há detalhada regulação normatizando o acesso à mídia para todos os segmentos da sociedade, etc. Ou seja, continua Raz, a explicação sobre o que seja o princípio pode ser vista como um resumo de um grande número de normas (*a great number of laws*), e não a assertiva sobre o conteúdo de uma norma isolada (*a single law*). Outra pessoa, se perguntada, pode dizer, contrastando com a primeira, que o “princípio da liberdade de expressão” é incorporado no sistema jurídico, porque o sistema contém uma lei determinando às

44 RAZ, Joseph. **The Concept of a Legal System**: An Introduction to the Theory of Legal System. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1980. p. 72.

45 RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. **Yale Law Journal**, v. 81, p. 823-854, 1972, citação da p. 827.

cortes e aos servidores públicos que protejam a liberdade de expressão em todos os casos, mesmo se não governados por regras específicas. H.L.A. Hart entende, diz Raz, que Dworkin emprega “princípios” somente no segundo caso, mas que Dworkin esquece totalmente o primeiro exemplo, o qual é utilizado pelas cortes; daí que a referência a “princípios” é enganosa.⁴⁶

O ponto aqui, segundo Raz, é justamente saber “quais os princípios de individuação seria melhor adotar”.⁴⁷ E neste passo os exemplos de Raz são em tudo similares aos exemplos de Karl Engisch, citados por Lima Lopes ao sustentar que Dworkin está errado ao referir que os princípios são aplicáveis por ponderação, enquanto que as regras, por subsunção. Os exemplos referem-se ao direito penal (lesão corporal em Raz; homicídio em L. Lopes). O ponto de ambos é demonstrar que há uma miríade de juízos de qualificação do material jurídico dotado de autoridade (a linguagem é de Raz) que ajudarão a construir a regra aplicável ao caso concreto. Mas fiquemos abaixo com o raciocínio do jurista brasileiro.

Lima Lopes entende,⁴⁸ com base em Engisch, que o problema estará sempre na “construção da premissa menor”, na qual será preciso *verificar* a ocorrência do fato previsto na norma, e essa questão de verificação do fato (i.e., construção da premissa menor) abrangerá os problemas da classificação e da interpretação, os quais terão os *mesmos* contornos, seja nas regras, seja nos princípios. Estes, repetindo a ideia já exposta antes, seriam apenas regras mais gerais.⁴⁹ O problema será sempre, diz L. Lopes, verificar a pertinência do caso à classe. Para exemplificar o ponto (qual seja, o de que tanto regras quanto princípios dependem de juízos iguais, de construção da premissa menor), L. Lopes lança mão de um exemplo que à primeira vista parece simplista: premissa maior: matar alguém, pena 20 anos —>> premissa menor: A matou B —>> conclusão: A sofrerá pena. O raciocínio sempre será assim, diz L. Lopes; não importa o que se

46 RAZ, Joseph. **Legal Principles and the Limits of Law**. p. 828-9. Raz trabalha com o exemplo da liberdade de expressão, suponho, porque é um dos exemplos que Dworkin usa em *Levando os Direitos a Sério* (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 90) para referir-se a princípios como “proposições que descrevem direitos”. Para uma visão igualmente crítica da teoria dualista “princípios=balanceamento vs. regras=subsunção”, ver POSCHER, Ralf. **Insights, Erros and Self-Misconceptions of the Theory of Principles**. p. 438-41.

47 RAZ, Joseph. **Legal Principles and the Limits of Law**. p. 831.

48 LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. p. 52-3.

49 A estrutura idêntica entre regras e princípios é também defendida por POSCHER, Ralf. **Insights, Erros and Self-Misconceptions of the Theory of Principles**. *passim*, especificamente p. 433 e 438.

decida juridicamente, o ponto será *sempre* a construção da premissa menor, i.e., saber se A matou B *no sentido jurídico*. Ele pode ter agido em legítima defesa, por exemplo, para ficarmos nas aparentes trivialidades. Precisarei então interpretar as normas (regras ou princípios ou o que for) de legítima defesa para saber se houve mesmo, no sentido jurídico, um homicídio.⁵⁰

Podemos testar os argumentos complicando os exemplos e tornando mais difíceis os casos. Qual é a normatividade que eu retiro do preceito constitucional que diz que a saúde é um direito social? No que me ajuda eu dizer que esse preceito é um “princípio” e não uma “regra”? Qual o real ganho de racionalidade o intérprete tem se souber de antemão que o “princípio” tem uma “dimensão de peso” e que, se fosse uma regra, ela seria aplicada à maneira “tudo ou nada”? É claro que terei de examinar os demais preceitos do ordenamento jurídico para ver ao final — e o processo de interpretação, de *individuação*, de classificação pode ser longo — qual “regra de direito”, para ficarmos com a linguagem da *common law* antiga, é aplicável.

Ora, o problema da classificação jurídica, que muitas vezes nos passa despercebido, é idêntico, diz L. Lopes, ao da interpretação. E é isso, o formar juízos jurídicos via classificação, ou interpretação (ou, na linguagem de Raz, *individuação*), que decidirá a maioria dos casos; é isso justamente o que nós, operadores do direito teóricos e práticos, fazemos todos os dias. Para ficar com a linguagem consagrada, os “casos difíceis” (e também os “fáceis”) são, via de regra, casos de classificação, de *individuação* da “regra de direito”, entendida no mais lato sentido, que deve ser aplicada.

Lanço aqui um exemplo do momento, tão complexo quanto importante para vida de todos os cidadãos brasileiros e também do Estado brasileiro, que talvez chegue aos tribunais: no final do século passado, iniciou-se no Brasil o Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados. Em apertada síntese, deu-se o seguinte: a fim de evitar que a crítica situação financeira dos Estados-membros (doravante “estados”) viesse a comprometer o plano de estabilização econômica posto em marcha na segunda metade dos anos 1990, a União Federal, autorizada pelo art. 1º da Lei 9.496, de 11.09.1997, assumiu uma série de

50 Anote-se a concordância de MacCormick sobre o dedutivismo como método de raciocínio jurídico (ver MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005. cap. 4).

obrigações financeiras (dívidas públicas mobiliárias, empréstimos tomados junto à Caixa Federal, obrigações decorrentes de operações de crédito ou contratual dos Estados-membros e outras) dos estados; em contrapartida à assunção da dívida pela União, operou-se um refinanciamento da dívida desses estados; esse refinanciamento deu-se por meio de contratos, negociados entre União e cada um dos estados, pactuando-se o pagamento da dívida em 360 prestações mensais sucessivas, a juros que variam entre 6% a 7,5% ao ano, atualizados monetariamente por um determinado índice de correção (no caso, o IGP-DI). Em palavras simples: o governo federal assumiu as dívidas estaduais e financiou seus pagamentos por trinta anos; ao firmar os contratos de financiamento com os estados, a União negociou caso a caso e passou a ser credora de dívidas, que vêm sendo pagas desde então a uma taxa de juros que varia de 6% a 7,5%, mais correção monetária pelo IGP-DI, comprometendo a receita corrente líquida dos estados em valores que variam de 11,5% e 15%.

Ocorre que hoje, o índice de reajuste pactuado acabou por tornar essa dívida pública dos estados ainda mais impagável do que era quando os credores eram os bancos privados; a diferença é que, agora, o credor é a União Federal. Seria possível aplicar aqui a teoria da imprevisão ou qualquer outra concepção havida na doutrina dos contratos públicos? A pergunta chave passa a ser: que espécie de contrato é este? Público ou privado? A depender da resposta, i.e., da *classificação* desse contrato, abrem-se possibilidades diversas de solução do caso, com a aplicação de institutos distintos para cada hipótese, se contrato público, ou se contrato privado (ou, como uns já aventaram, “contrato constitucional”). A miríade de normas jurídicas aplicáveis direcionará a interpretação do operador do direito num longo processo de *individuação* que não se resolverá simplesmente com a distinção entre “regras de aplicação tudo ou nada” e “princípios com dimensão de peso”. Haverá regras mais específicas ou mais gerais (princípios), tanto na Constituição Federal quanto na vastíssima legislação ordinária, que deverão ser aplicadas por meio de um complexo, difícil e lento processo de individuação a ser feito pelo intérprete; as definições ou os critérios diferenciadores entre regras e princípios dworkinianos não farão diferença significativa na resolução desse “caso difícil”.⁵¹

51 O fato de este problema concreto estar sendo hoje resolvido na esfera política é talvez uma prova de que os “princípios jurídicos” têm menos força do que se imagina. Há imenso

É claro que qualquer operador do direito teórico ou prático já se deparou com uma encruzilhada classificatória e viu que era daquela classificação que viria a resposta. E qual a importância disso para o direito? Ora, são as várias regras jurídicas, mais ou menos gerais, do sistema que conduzirão a resposta jurídica a um ou outro caminho. Esse caminho pode ser intrincado o bastante para permitir, nalguns casos, mais de uma solução (embora ainda alguns defendam a tese da única resposta correta, que nem mesmo Dworkin — mais uma vez — mantém; mas essa é outra conversa). O ponto aqui, entretanto, é lembrar que todo esse processo interpretativo, que nada mais é do que o dia-a-dia dos operadores do direito, vem a ser o que Raz chama de *individuação*, a qual explica “as inter-relações sistemáticas entre as várias partes do sistema jurídico”.

Voltemos a Raz e L. Lopes. É preciso salientar que, à primeira vista, Raz e L. Lopes parecem não concordar em tudo. Raz, por exemplo, contrariamente a L. Lopes, afirma expressamente que Dworkin está certo em sustentar haver uma distinção lógica entre regras e princípios (embora Raz não concorde com a falta de dimensão de peso para as regras, que também podem conflitar).⁵² Raz entende, contudo, que as normas (*laws*) geralmente chamadas de “regras” não são sempre do mesmo tipo, o mesmo ocorrendo com as normas (*laws*) chamadas “princípios”. O que diferencia as regras dos princípios, para Raz (e isso ocorreria tanto nas normas jurídicas quanto nas normas nãojurídicas, ponto que Raz anuncia, mas propositadamente não aborda neste artigo), é o “caráter de ação prescrita” (*character of the norm-act prescribed*): as regras prescreveriam atos relativamente específicos, enquanto que os princípios prescreveriam ações altamente inespecíficas.⁵³ Vistas assim as coisas, parece que não há, porém, muita diferença entre Raz e L. Lopes, uma vez que este inclusive faz, depois, considerações sobre o caráter provisório dos princípios.

esforço dos Estados-membros mais endividados (SP, RS, MG, para citarmos três grandes) em conseguir repactuar a dívida com a União Federal. Até quando entrego este artigo à publicação (novembro de 2013), a solução de compromisso parece bem encaminhada no Congresso Nacional, aguardando ainda votação.

52 Na minha opinião, a razão aqui está com L. Lopes. No mesmo sentido, ver POSCHER, Ralf. **Insights, Erros and Self-Misconceptions of the Theory of Principles**. p. 433-8 e 449.

53 RAZ, Joseph. **Legal Principles and the Limits of Law**. p. 838. Neste ponto, impressiona a semelhança das posições de J. Raz, em 1972, com as definições de regras e princípios propostas por de H. Ávila desde sempre (ver ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, 2003, p. 70).

Nada do que foi dito significa que não haja “princípios” no direito, menos ainda que eles não sejam utilizados na interpretação jurídica. Obviamente não é isso.⁵⁴ Como refere expressamente um autor alemão crítico da teoria dos princípios de Alexy e Dworkin, “[Joseph] Esser, Dworkin e outros corretamente salientam que princípios podem ter importante papel nas decisões jurídicas, especialmente em casos difíceis nos quais *standards* jurídicos não podem ser aplicados por subsunção ou mera subsunção”.⁵⁵ Raz expressamente reconhece que há princípios (bem compreendidos) no direito, assim como L. Lopes o faz (há um item no trabalho de L. Lopes tratando disso, item 1.3., no qual são dados como exemplos de “princípios em sentido próprio” a boa-fé e a isonomia).⁵⁶ Raz inclusive refere cinco *funções* aos “princípios” (sem dizer se são morais ou jurídicos): 1. Fundamento para interpretação das normas (*laws*). 2. Fundamento para alteração das normas (*laws*). 3. Fundamento para exceções particulares das normas (*laws*). 4. Fundamento para construir novas regras. 5. Único fundamento para ação em casos específicos.⁵⁷ Os pontos importantes são estes: (1) salvo no último caso, os princípios *operam por meio da mediação de regras*; (2) dada a diferença entre o grau de especificidade da determinação da conduta devida entre regras e princípios, os vários campos jurídicos podem, por sua natureza, preferir muitas vezes as regras aos princípios, i.e., regular uma área com mais ou menos precisão. Mas isso é sempre *uma questão de política (policy)*, o que abriria outro flanco ao debate.⁵⁸

Permitam-se algumas questões bastante simples e até triviais: será que o “princípio” da legalidade é um princípio de mesma estrutura normativa que o da “igualdade” ou da “boa-fé”? E os “princípios” da eficiência e da moralidade da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF/88)? E esses, comparados ao da “razoabilidade”? Será que a “presunção de inocência” (“ninguém será considerado

54 No mesmo sentido, ver POSCHER, Ralf. *Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles*. p. 438.

55 POSCHER, Ralf. **Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles**. p. 441. O autor corretamente refere que é certamente também mérito da teoria dworkiniana ter rejeitado as simplificações positivistas da decisão judicial, bem como ter mostrado que o argumento de princípio pode servir para mostrar que o direito pode abrigar conceitos morais e éticos, o que *nada tem a ver* com a tese equivocada de que a moral se insere no conceito de validade jurídica por meio de princípios (p. 448-9).

56 R. Poscher refere, criticando a teoria de R. Alexy, que o “princípio da boa-fé” não requer qualquer otimização, mas “simplesmente obediência estrita”, não estando sujeito a qualquer balanceamento (POSCHER, Ralf. **Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles**. p. 442).

57 RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. p. 838-841.

58 Nesse ponto, como sabemos, Dworkin foi duramente criticado na sua proposta de dividir princípios e política. Mesmo que eu estivesse preparado para enfrentá-lo com propriedade, não temos tempo nem espaço para isso.

culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” — art. 5º, LVII, CF/88) é um “princípio” cuja normatividade equivale à do chamado “princípio do devido processo legal” (“ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal” — art. 5º, LIV, CF/88) ou o da “livre apreciação da prova” nos processos penal e civil? Será que os “princípios” da proibição de transferir mais direitos do que possui ou, para ficarmos no exemplo clássico de Dworkin *Riggs v. Palmer* (o caso da herança do rapaz que matou o avô),⁵⁹ a proibição de locupletar-se da própria torpeza (*nemo locupletari debet cum aliena injuria vel jactura*; no Digesto, livro V, título III, fragmento 38, há preceito semelhante, de Paulo: *non debet petitor ex aliena jactura lucrum facere*, i.e, “o postulante não deve tirar lucro da jactura alheia”)⁶⁰, equivalem, em normatividade, ao “princípio da confiança legítima”? Em 9 de julho de 1926 o STF julgou por maioria de votos o Recurso Criminal nº 552, na qual referiu expressamente ser “princípio fundamental do nosso regime constitucional a proeminência da Constituição e leis federais sobre as Constituições e leis estaduais”.⁶¹ O caso tratava de imunidades parlamentares de deputados da Paraíba que contrariavam as leis federais; para o STF, isso não poderia ocorrer em razão de um “princípio”. Os exemplos poderiam ser multiplicados *ad aeternum* — e de resto não é nenhuma novidade dizer que alguns desses anunciados “princípios” na verdade ensejam “regras”, se usada a classificação de R. Dworkin.

Aqui é crucial saber do que estamos tratando quando falamos de “princípios jurídicos” e quando usamos essa expressão. Devemos ter sempre em mente o alerta de Joseph Raz: “nem tudo que parece um princípio jurídico é um princípio jurídico, ao menos não no sentido que o Professor Dworkin tem em mente”.⁶² Voltamos ao ponto de partida, e eu cito novamente Raz, que no início do seu artigo lembra algo tão trivial quanto crucial: “Classificar as normas em categorias distintas tem sido sempre uma das maiores tarefas da filosofia do direito”.⁶³ Mais uma vez temos aqui o problema da *classificação* (a classificação orientará a decisão) e da estrutura interna do sistema jurídico, arquitetura essa que será sempre uma *opção política*.

59 DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 23.

60 Os exemplos latinos e as traduções são de MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011 [1940]. p. 212.

61 Publicado em **Revista de Direito (Bento de Faria)**, v. 84, p. 476-82, jun. 1927.

62 RAZ, Joseph. **Legal Principles and the Limits of Law**. p. 828. No mesmo sentido, alertando para a polissemia do termo “princípio”, ver POSCHER, Ralf. **Insights, Erros and Self-Misconceptions of the Theory of Principles**. p. 442.

63 RAZ, Joseph. **Legal Principles and the Limits of Law**. p. 825.

Se essas observações fazem sentido, a questão passa então a ser: qual é a normatividade dos princípios jurídicos?⁶⁴ É interessante anotar que Raz sugere uma diferença entre os princípios dotados e os não dotados de normatividade. E que Dworkin parece preocupar-se somente com os dotados de normatividade, ou seja, princípios destinados a orientar a conduta e *criar obrigações*. Mas precisamos classificá-los e interpretá-los *num complexo de normas* que raramente permitem, se permitem n'algum caso, conclusões fixas e únicas, não bastando a menção ao lugar-comum representado por duas frases soltas no ar, quais sejam, a de que “as normas jurídicas dividir-se-iam em duas espécies, princípios e regras”, e a de que os “princípios são normas e por isso seu descumprimento pode acarretar sanções jurídicas”.

O ponto, parece-me, é o problema de identificar qual *função* cumprem as regras jurídicas mais ou menos gerais. Essa função sempre dependerá da complexa arquitetura normativa na qual o “princípio jurídico” está inserido, e sua correta normatividade geralmente não dependerá da consideração isolada de uma só regra de direito (no sentido *lato*) aplicável, menos ainda de um supostamente latente princípio jurídico ou moral (ou um conjunto deles) a ser eventualmente “construído”, segundo uma mítica “integridade” apresentada do alto por um “hermeneuta” que tem, ao contrário dos demais, uma iluminada visão filosófica que lançará sobre o caso concreto uma “melhor luz”.

Por fim, quero minimamente abrir outra linha de raciocínio ainda tendo os princípios de Dworkin como objeto do que chamei provocativamente de “desmistificação”. Vou juntar, numa só conversa, as temáticas princípios, positivismo e moral, tema de fundo da obra de Dworkin. É claro que a ideia aqui não é desfazer o nó cego que se tornou o debate entre juspositivistas e jusnaturalistas.⁶⁵

64 Novamente preciso anotar que H. Ávila, a partir da 12. ed., cuida do assunto e faz o mesmo alerta (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122-32, item 2.6, acrescido de longo parágrafo na 13. ed., de 2012, p. 130-41, mesmo item 2.6, reproduzido sem qualquer alteração na 14. ed., de 2013, p. 130-41). Não surpreende o título que o autor escolheu ao subitem: “a força normativa dos princípios”.

65 Um exemplo talvez baste: o juspositivista de Oxford John Gardner afirmou em 2001 que a tese segundo a qual “não há conexão necessária entre direito e moral” é “absurda e nenhum jusfilósofo digno de nota jamais a endossou da forma como referida” (GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. **American Journal of Jurisprudence**, v. 46, p. 199-227, 2001, citação da p. 223).

3 LARRY ALEXANDER, PRINCÍPIOS JURÍDICOS, POSITIVISMO E MORAL

Embora os positivistas reconheçam a existência e a importância de princípios jurídicos na metodologia jurídica, há exceções.⁶⁶ A principal delas, a posição de Larry Alexander, é a que apresentarei aqui resumidamente. A ideia de apresentar essa exceção é “desmistificar” o pensamento de Dworkin num sentido um pouco diferente: pretendo simplesmente mostrar uma posição positivista que explicitamente incorpora o raciocínio moral no raciocínio jurídico sem que isso seja considerado uma inovação ou uma revolução ou uma grande novidade metodológica. Trata-se de uma leitura peculiar da concepção de princípios de R. Dworkin, mas não exporei as ideias de L. Alexander porque concordo com elas, e sim porque elas destoam da visão comumente aceita e porque, repito, podem contribuir para o que apelidei de “desmistificação”.

Larry Alexander escreve muitas vezes a quatro mãos, e os parceiros trocam. Vou-me referir a L. Alexander somente. Desde que escreveu, com Kenneth Kress, artigo intitulado *Against Legal Principles*, publicado em 1995 e republicado dois anos depois,⁶⁷ L. Alexander vem sustentando basicamente os mesmos argumentos numa série de trabalhos, mormente dois livros, *The Rule of Rules*, de 2001, e *Demystifying Legal Reasoning*, de 2008, ambos escritos com Emily Sherwin.

Alexander sustenta que os princípios são logicamente incapazes de impor limites ao raciocínio jurídico, e por isso os juízes *não podem* usar os princípios jurídicos como razões para decidir casos.⁶⁸ Mais que isso, utilizar princípios jurídicos pode, de fato, diz o autor, prejudicar a qualidade do processo decisório. O argumento básico é este: “princípios jurídicos incorporam o erro moral sem os benefícios compensatórios de regras sérias”.⁶⁹ Se os princípios jurídicos incorporam erros

66 D. Dimoulis e S. Lunardi não perceberam a exceção. Em artigo escrito para sustentar — de resto corretamente — que os positivistas sempre aceitaram os princípios jurídicos, provocaram: “até prova em contrário, não há positivistas assumindo uma postura que ignore ou menospreze os princípios jurídicos positivados” (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Garparetto. **O Positivismo Jurídico Diante da Principiologia**. p. 186).

67 Alexander & ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. *Against Legal Principles*. **Iowa Law Review**, v. 82, p. 739-786, 1997.

68 Ver ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. p. 98.

69 ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. p. 99.

morais e os perpetuam, então os princípios jurídicos, em vez de aperfeiçoar o sistema jurídico, acabam por prejudicar a qualidade do processo decisório.

Por que os princípios jurídicos incorporariam erros morais? Essa premissa, que Alexander fixa já no seu primeiro trabalho sobre o assunto em 1995 e não mais abandona, precisa de explicação — e está aqui a peculiaridade da leitura de L. Alexander referida acima. Aparentemente, essa leitura vai de encontro ao senso comum (brasileiro?) segundo o qual os princípios jurídicos dworkinianos de certa forma *equivalem* a princípios morais. L. Alexander chama atenção para o fato de que Dworkin expressamente não sustenta isso.⁷⁰

Dworkin desenvolve o raciocínio sobre os princípios não de uma só vez, mas ao longo de sua primeira coletânea de artigos, *Taking Rights Seriously*, e depois retoma o ponto em *Law's Empire*. Em *Taking Rights Seriously*, a compreensão do que sejam e como operam os princípios jurídicos não é dada integralmente no capítulo 2 (republicação do artigo *The Model of Rules I*, de 1967), mas, lembra L. Alexander, deve esperar até o capítulo 4 (*Hard Cases*),⁷¹ quando Dworkin esclarece como operam os princípios jurídicos, os quais *não são* o mesmo que princípios morais (embora passem por um teste moral); menos ainda os princípios jurídicos são equivalentes à moral pessoal de Hércules, o juiz ideal de Dworkin.⁷²

Larry Alexander refere que, em Dworkin, há duas maneiras de distinguir os princípios jurídicos dos princípios morais: (1) os princípios jurídicos devem ter alguma sustentação institucional, i.e., devem estar refletidos de alguma maneira na constituição, nas leis, nas decisões judiciais ou administrativas; (2) os juízes devem *olhar para trás* e descobrir na integridade dos precedentes (judiciais e administrativos) e das leis (constitucionais e infraconstitucionais) quais são os princípios jurídicos que melhor se “ajustam” (*fit*) à história e à tradição do direito analisado para então aplicá-los sob a sua melhor luz moral.⁷³ Aqui temos vários

70 Ver ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, & Dilemmas of Law**. Durham: Duke University Press, 2001. cap. 8.

71 ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules**. p. 159-61.

72 Para as primeiras observações do autor sobre o ponto, ver DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 123-30. Ver também o artigo esclarecedor de POSCHER, Ralf. **Insights, Erros and Self-Misconceptions of the Theory of Principles**. p. 431.

73 Para a ideia de “ajuste” (*fit*) na teoria dworkiniana de direito como “integridade”, ver DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986, p. 254-8.

pontos que poderiam gerar controvérsia (“descobrir”, “se ajustam”, “melhor luz”), mas a ênfase a ser dada é a soma dessa dimensão histórica do direito, esse *olhar para trás*, com a “integridade” da interpretação, as quais seriam, para Dworkin, “restrições” que “mostram o quanto é exagerada a queixa comum de que a leitura moral dá aos juízes um poder absoluto para impor a todos nós suas próprias convicções morais”.⁷⁴ Seria a própria teoria de Dworkin, portanto, que estaria impondo a si mesma as *restrições* advindas da história dos precedentes e das leis.

Simplificando muito, a crítica de Alexander remonta ao seguinte: é o próprio Dworkin que propõe se deve o juiz decidir com base na “melhor interpretação” possível retirada dos “princípios” contidos *nos precedentes e nas leis*; mas esses princípios, por estarem restritos às decisões já tomadas e devendo a elas se “ajustar” (*fit*), podem obrigar o juiz a ter que tomar decisões *moralmente erradas*. Alexander refere que os princípios jurídicos são *imperfeitos* do ponto de vista moral, porque são construídos sobre decisões judiciais anteriores que podem conter impropriedades morais; dessa forma, os princípios jurídicos são “inferiores em relação ao raciocínio natural, que reflete perfeitamente ideais morais”.⁷⁵

Se é assim, propõe L. Alexander, então o melhor a fazer é simplesmente *abandonar* os princípios jurídicos e ficar com os já conhecidos — e melhores — princípios morais. Em suma: em não havendo regras ou *standards* a serem aplicados ao caso concreto, bastaria, diz Alexander, a aplicação de princípios morais corretos. Em suma, os princípios “jurídicos” nada teriam a fazer na argumentação jurídica; pior, eles na verdade atrapalham, diz Alexander.

Sempre trabalhando com a sua própria interpretação do que Dworkin entenderia por princípio, Larry Alexander também faz coro aos vários autores que criticaram a ideia de “peso” dos princípios, classificação que Alexander diz se “misteriosa”: “Não há nada nas decisões anteriores elas mesmas que possa determinar o peso do princípio jurídico”.⁷⁶ Nem o número de decisões, nem o eventual peso moral de

74 DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. p. 16-7. Essas restrições são enfatizadas também por McCAFFERY, Edward J. Ronald Dworkin, Inside-Out. **California Law Review**, v. 85, p. 1043-1086, 1997, especificamente p. 1052-3. Ver igualmente FRYDMAN, Benoît. **Les Sens des Lois: histoire de l’interprétation et de la raison juridique**. 3ème éd. Bruxelles: Bruylant, 2011, p. 644.

75 ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. p. 99.

76 ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. p. 95.

um princípio jurídico pode ajudar aqui, porque princípios morais corretos não têm como ajudar princípios jurídicos baseados em decisões morais incorretas. Ademais, diz Alexander, não há nenhuma métrica para aquilatar a dimensão do “ajuste” (*fit*) proposto por Dworkin. Alexander se engaja então em tentar demonstrar, por longo exemplo, como é difícil retirar, de uma série de casos similares cujas “regras” são contraditórias, qual o princípio jurídico correto. A conclusão do autor é de que “num sistema de princípios jurídicos, não podemos ter regras sérias”.⁷⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início do seu artigo de 1972 Raz lembra algo tão trivial quanto crucial: “Classificar as normas em categorias distintas tem sido sempre uma das maiores tarefas da filosofia do direito”.⁷⁸ Dworkin sempre soube disso e partiu de um dito geral da *common law*, o de que direito são “regras jurídicas” aplicáveis ao caso concreto, para construir uma teoria jurídica ancorada em “princípios jurídicos”, os quais incorporariam ideias morais da comunidade política em questão. Não pretendi neste breve ensaio refutar a integralidade da teoria do direito de R. Dworkin; busquei simplesmente contextualizar sua “teoria dos princípios” no ambiente que ela nasceu e se desenvolveu, apontando depois algumas das principais críticas que a ela se levantaram.

Não há dúvidas de que Dworkin, ao colocar os “princípios jurídicos” no centro da cena, contribuiu para elevar o debate da teoria do direito na segunda metade do século XX, enfatizando pontos que ninguém antes havia feito. A novidade estava na ênfase imposta à função dessas regras jurídicas mais gerais, os princípios jurídicos. Pessoalmente entendo que as ideias de Lima Lopes (e Joseph Raz) sobre os princípios jurídicos são essencialmente corretas, e que o *insight* fundamental do Professor José Reinaldo de Lima Lopes sobre os princípios jurídicos dez anos atrás deveria ser levado a sério.⁷⁹ Na teoria do direito mundo afora, muitos a levaram,⁸⁰ mas a doutrina brasileira, com raras exceções, parece alheia ao debate

77 ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. p. 100.

78 RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. p. 825.

79 Se a teoria do direito de Dworkin se mantém de pé sem a distinção entre regras e princípios é um outro problema.

80 Referências em POSCHER, Ralf. **Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles**. p. 433, n. 28

e continua vendo nos “princípios jurídicos” um poder que eles não têm.

Mesmo que sejam criticáveis ou impróprios ou mesmo errados os argumentos deste estudo, ele pode ter um valor que o leitor de boa-fé saberá, espero, apreciar: o estudo talvez evite que o fosso que separa o debate anglo-americano/europeu do debate brasileiro sobre o assunto se torne um oceano — também está aí uma razão ao título provocativo deste breve ensaio.

Por fim, lembro que Dworkin, falecido em fevereiro de 2013, era um genial polemista, um debatedor implacável, um provocador instigante, e, mesmo que suas ideias, mormente sua teoria dos princípios, não tenham sido sempre seguidas e tenham sido, ao contrário, criticadas com veemência, nenhum jurista sério do mundo moderno as ignorou — ao contrário, sempre as levou a sério. A maior homenagem que podemos prestar ao Professor Ronald Dworkin, tenho certeza, é, sem reverência, continuar a apreciar criticamente os seus trabalhos, para que possamos *construir* uma teoria do direito elevada, como ele tentou fazer durante toda a sua longa e produtiva vida. Contextualizar sua obra e desmistificá-la, creio eu, seja ainda, no Brasil, um passo necessário na direção dessa construção.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Against Legal Principles. **Iowa Law Review**, v. 82, p. 739-786, 1997.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008.

_____. **The Rule of Rules: Morality, Rules, & Dilemmas of Law**. Durham: Duke University Press, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria dos Princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. A função do interprete. **Revista de Direito (Bento de Faria)**, Rio de Janeiro, v. 29, fasc. 1, p. 241-254, jul. 1913.

(citando Peter Lerche e indicando a leitura de Andrei Marmor, Schilcher, Reimer).

- BIX, Brian. **Jurisprudence: Theory and Context**. 6. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2012.
- BROOKS, Thom. Between Natural Law and Legal Positivism: Dworkin and Hegel on Legal Theory. **Georgia State University Law Review**, v. 23, p. 513-560, 2007.
- COTTERRELL, Roger. **The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- DICKINSON, John. The Law Behind the Law. **Columbia Law Review**, v. 29, n. 2, p. 113-146, February 1929.
- _____. The Law Behind the Law: II. **Columbia Law Review**, v. 29, p. 285-319, 1929.
- _____. The Problem of Unprovided Case. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 81, n. 2, p. 115-129, 1932.
- _____. Legal Rules — Their Function in the Process of Decision. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 79, n. 7, p. 833-868, 1930.
- _____. Legal Rules: Their Application and Elaboration. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 79, p. 1052-1096, June 1931.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Garparetto. O Positivismo Jurídico Diante da Principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008, p. 179-197.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DWORKIN, Ronald M. **O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. **Law's Empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.
- _____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.
- _____. The Case for Law — A Critique. **Valparaiso University Law Review**, v. 1, n. 2, p. 215-217, Spring 1966.
- FRYDMAN, Benoît. **Les Sens des Lois: histoire de l'interprétation et de la raison juridique**. 3ème éd. Bruxelles: Bruylant, 2011.
- GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. **American Journal of Jurisprudence**, v. 46, p. 199-227, 2001.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. As Raízes do Realismo Americano: Breve Esboço Acerca de Dicotomias, Ideologia e Pureza no Direito dos USA. **Revista de Direito Administrativo**, v. 239, p. 359-388, 2005.

HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994.

HASKINS, George L. John Dickinson: 1894-1952. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 101, n. 1, p. 1-25, October 1952.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Orgs.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manoel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57-208.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

LEITER, Brian. The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century. **Rutgers Law Journal**, v. 36, p. 165-181, 2004.

_____. In Praise of Realism (and Against "Nonsense" Jurisprudence). **The Georgetown Law Journal**, v. 100, p. 865-893, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 160, p. 49-64, 2003.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Leonardo. Da Distinção entre Regras e Princípios e seus Problemas Epistemológicos, Metodológicos e Teórico-Jurídicos. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos Princípios Constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 327-350.

_____. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Proporcionalidade como Critério do Controle de Constitucionalidade (Problemas de sua Recepção pelo Direito e Recepção Constitucional Brasileiros). **Revista da AJURIS**, v. 33, n. 101, p. 194-233, março 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011 [1940].

McCAFFERY, Edward J. Ronald Dworkin, Inside-Out. **California Law Review**, v. 85, p. 1043-1086, 1997.

MAcCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo P.; BARBIERI, Catarina H. C. **Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261-285.

POSCHER, Ralf. Insights, Erros and Self-Misconceptions of the Theory of Principles. **Ratio Juris**, v. 22, n.4, p. 425-454, Dec. 2009.

_____. The Hand of Midas: When Concepts Turn Legal or Deflating the Hart-Dworkin Debate. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietmar von der (Eds.). **Concepts in Law**. Springer, 2009, p. 99-115.

POUND, Roscoe. Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law. **Tulane Law Review**, v. 7, n. 4, p. 475-487, June 1933.

_____. The Case for Law. **Valparaiso University Law Review**, v. 1, n. 2, p. 201-214, Spring 1967.

_____. The Revival of Natural Law. **Notre Dame Lawyer**, v. 42, n. 4, p. 287-372, June 1942.

_____. Survey of the Conference Problems. **University of Cincinnati Law Review**, v. 14, p. 324-342, 1940.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. **Yale Law Journal**, v. 81, p. 823-854, 1972.

_____. **The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1980.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari V. Princípio é preguiça? In: MACEDO JR., Ronaldo P.; BARBIERI, Catarina H. C. **Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287-305.

TIERNEY, Brian. **The Idea of Natural Rights**. Michigan: Emory University, 1997.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Princípios Jurídicos e Positivismo Jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen? In: OLIVEIRA, Júlio A. de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs.). **Hans Kelsen: Teoria Jurídica e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 185-212.