



Kleber Sales

PRINCÍPIOS, TRADIÇÃO E A (ÚNICA) RESPOSTA CERTA EM DIREITO

44

PRINCIPLES, TRADITION AND THE (ONLY) RIGHT ANSWER IN LAW

Carlos Alberto Simões de Tomaz

RESUMO

Alega haver certa falta de habilidade, por parte dos advogados, para tratar o Direito fora dos domínios exclusivos da dogmática, ou seja, o trato das questões jurídicas torna-se difícil quando inexistente norma, ou quando a solução ofertada por ela não satisfaz o espírito de justiça.

Entende que isso ocorre porque, sendo o Direito uma ciência cultural, a norma expõe-se às alterações da cultura, necessitando o intérprete valer-se de procedimentos integradores para propiciar a compreensão ou revisão dos conteúdos.

Propõe, a partir do pensamento de Dworkin, o exame da experiência jurídica fora dos domínios da dogmática, de modo a considerar a relevância dos princípios e da tradição como outras pautas regulatórias, ao lado da faixa normativista.

PALAVRAS-CHAVE

Filosofia do Direito; positivismo; hermenêutica jurídica; princípio; tradição; Dworkin.

ABSTRACT

The author deems that there is a certain lack of ability, on the lawyers' part, to deal with Law beyond the particular realm of dogmatism. In other words, dealing with legal issues is difficult when there is no rule, or when the solution it offers does not satisfy the spirit of justice.

He thinks this occurs because, since Law is a cultural science, the rule is exposed to alterations in culture, making it necessary for the interpreter to use integrating procedures in order to enable the understanding or the revision of contents. Based on Dworkin's thinking, he proposes a survey of the juridical experience outside the limits of dogmatism, so as to take into account the importance of principles and tradition as further regulatory guides besides the norm.

KEYWORDS

Law Philosophy; positivism; juridical hermeneutics; principle; tradition; Dworkin.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, cada vez mais, torna-se impossível separar o jurista prático, que trata o Direito como instrumento de trabalho – o advogado, o agente do Ministério Público, o magistrado, o delegado, o assessor etc. –, daquele exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois estas não se encontram tão mais dissociadas da ordem prática e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos abstratos, com certas categorias, mais que isso, determinados existenciais e os caminhos hermenêuticos que viabilizam sua mobilização, que a compreensão do Direito deixa a desejar.

É por isso que a tradicional idéia de reduzir o Direito à norma escrita ainda goza de foros de exclusividade dentre os juristas. É comum, desde o estudante até o magistrado, o comportamento de procurar a norma adequada, cuja incidência sobre o fato permita a extração de certo efeito.

Efetivamente, vê-se, no dia-a-dia, certa dificuldade na experiência jurídica quando a questão não aponta para solução vazada numa norma escrita. A consulta faz demorar a resposta do parecerista. O advogado tarda para ajuizar a demanda ou oferecer resposta. A decisão judicial é também retardada nos juízos e tribunais. Isso decorre, sem dúvida, da falta de habilidade, de preparo, para tratar o Direito fora dos domínios exclusivos da dogmática.

A dogmática jurídica parte do pressuposto de que a norma é um dogma. Significa dizer que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma, muito menos confrontar sua existência.

Decorre, daí, a dificuldade para o trato das questões jurídicas quando o cientista do Direito se depara com a ausência de norma ou quando a solução ofertada por ela não satisfaz o sequioso espírito de justiça, o que ocorre porque, sendo o Direito uma ciência cultural, o conteúdo da norma expõe-se às alterações da cultura, necessitando o intér-

prete, para ensejar a compreensão e/ou revisão dos conteúdos, valer-se de procedimentos integradores, que, no dizer de Adeodato¹, formam uma ponte para a nova realidade.

A dogmática jurídica parte do pressuposto de que a norma é um dogma. Significa dizer que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma, muito menos confrontar sua existência.

Por esse caminho, Dworkin busca compreender o Direito fora de uma descrição puramente normativista. Sua tese central ampara-se na existência de uma única resposta certa (*the right answer thesis*), que seria obtida a partir de uma atitude interpretativa em que o Direito é compreendido como integridade (*law as integrity*). Nessa atitude interpretativa, o jurista deverá trabalhar com duas categorias: princípios e políticas públicas².

Reconhecendo que todo indivíduo tem direitos morais que devem ser assegurados pelos tribunais independentemente de prescrição normativa (decisão política primária)³, como os decorrentes de outras pautas regulatórias de condutas, por exemplo, a prática social (costume), ou o precedente judicial, ele sustenta que os direitos individuais como princípio jurídico fundamental preferem aos fins coletivos. Tais direitos são **construídos** a partir dos **princípios** ou das **políticas públicas**⁴.

Neste artigo, visitaremos, portanto, o pensamento de Dworkin ao escopo de divisar a relevância dos princípios e da tradição como pautas regulatórias que não podem ser olvidadas no processo judicial decisório voltado para o acontecer da verdade no momento da *aplicatio*.

2 PRINCÍPIOS E TRADIÇÃO COMO BLINDAGENS AO RELATIVISMO DA DECISÃO JUDICIAL

Efetivamente, partindo do pressuposto de que os juristas se deparam com casos difíceis que não poderiam ser solucionados pela ausência de prescrição

normativa, Dworkin assevera que, na experiência cotidiana, *eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de pa-*

drões. Isso porque, prossegue Dworkin, *o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras*⁵.

A importância dos princípios na teorização de Dworkin vetoriza-se para dois sentidos. Primeiramente, a oposição dos princípios às chamadas “normas de políticas públicas”, que constitui o âmago, o eixo de tensão das decisões judiciais⁶. Em segundo plano, a oposição dos princípios às regras revela, no processo construtivista, a necessidade de ponderação na colisão principiológica: a eleição de um princípio não pode ocorrer a ponto de aniquilar por completo o outro colidente, em defesa da preservação do sistema⁷.

Com efeito, para Dworkin, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é *de natureza lógica*. *Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que fornecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os efeitos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão*⁸.

Coisa diversa acontece quando nos deparamos com a colisão de princípios. Deveras, tem razão Dworkin, eles não podem ser, à semelhança das regras, interpretados à base do *all or nothing*.

Por isso, congruentemente, Dworkin acrescenta que *os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão*⁹.

Longe da ponderação¹⁰ assim apropriada aos princípios, no confronto de regras pode-se determinar, sem maiores dificuldades, qual a que deve prevalecer em detrimento de outra, e isso ocorre por meio de critérios postos pelo próprio sistema¹¹.

Um princípio não pretende estabelecer as condições que fazem sua aplicação necessária, ao contrário, ocupa-se, isso sim, de enunciar uma razão que conduza o argumento em uma certa direção (que pode não ser a sufragada, o que não significa que o princípio tenha deixado de existir no sistema), mas, ainda assim, insiste Dworkin, necessita de uma decisão particular¹².

É exatamente nesse diapasão que Streck¹³ abraça a análise feita por Magalhães¹⁴, que divisa os princípios gerais do Direito como um paradoxo na medida em que **não existem**, uma vez que são criados em função das conseqüências que produzem, mas, por outro lado, **existem**, pois produzem determinadas conseqüências (dando lugar não exatamente a estas conseqüências, que podem não ser exatamente aquelas esperadas, mas a efeitos que surgem em função da expectativa de que tais conseqüências se produzam). Os juízes não criam o direito (embora certamente produzam direito), porque interpretam o direito aplicando seus princípios gerais; mas, na realidade, aplicando estes princípio tendo em vista determinadas conseqüências, eles na verdade criam direito, porque nem todas as conseqüências e, portanto, nem todos os princípios, podem ser previstos pelo direito¹⁵. (Grifo nosso).

Um princípio não pretende estabelecer as condições que fazem sua aplicação necessária, ao contrário, ocupa-se (...) de enunciar uma razão que conduza o argumento em uma certa direção (...) mas, (...) insiste Dworkin, necessita de uma decisão particular.

Portanto, exatamente por não possuírem um conteúdo semântico, princípios em colisão não se excluem, sujeitam-se antes à ponderação. Devem, assim, ser validados como chaves de interpretação e fontes de crítica e (des)legitimação do existente¹⁶, de onde se divisa sua função cotidiana como um *topos* hermenêutico¹⁷.

Os princípios, no pensamento de Dworkin, são erigidos à condição de justificação da estrutura jurídica, política e moral. Não encontrando regras, o juiz busca outros marcos regulatórios, entre eles, os princípios. Eles atuam, nessa conformidade,

como pauta de regulação de conduta, ou seja, como normas.

Mas, além dos princípios, Dworkin aponta outros padrões regulatórios: os precedentes e os costumes, cuja aplicação já foi reconhecida em casos semelhantes, o que faz com que a decisão jurídica se volte para o passado, mas, igualmente, dirija-se para o futuro na medida em que o juiz deve estar atento para a circunstância que a sua decisão passa a servir, doravante, também de marco regulatório (precedente). É o que Dworkin chama de “cadeia de direito” (*chain of law*)¹⁸, que aponta para o respeito à tradição.

Chueiri registra com agudeza que esse retorno ao passado visa a interpretar o que fôra escrito no passado por meio das decisões dos juízes e não descobrir o que eles disseram ou o seu estado de espírito para, assim, chegar a uma opinião acerca do que fora feito, coletivamente¹⁹.

Deveras, o processo – não se pode perder de vista – é interpretativo. Se o magistrado volta-se ao passado para descobrir o direito presente ainda que em pautas regulatórias, tais quais os precedentes ou os costumes, estaremos, sem dúvida, volvendo a uma metodologia dogmática, erigindo esses marcos regulatórios a fundamentos, tal como a norma escrita no tratamento impingido pela hermenêutica clássica.

O realce desse amálgama entre passado (tradição) e futuro está no caráter interpretativo que, segundo Dworkin, revelaria o direito como integridade (*law as integrity*)²⁰, ou seja, uma proposição em que as práticas jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva²¹.

Decorre daí a posição de Dworkin no sentido de que o critério de validade do direito é sua coerência. Ele próprio socorre-se da analogia com a interpretação literária para fazer ver tal qual o escritor, que desenvolve um capítulo considerando os capítulos anteriores, a cadeia de direito (*chain of law*) revela-se quando a argumentação se volta às decisões pretéritas²². A coerência da argumentação jurídica repousaria, assim, na cadeia de direito, ao mesmo tempo que satisfaria a legitimidade do Direito e garantiria a segurança do processo de integridade (*law as integrity*)²³.

3 A TESE DA (ÚNICA) RESPOSTA CERTA

Atento ao destaque que os princípios e a interpretação da tradição (precedentes e costumes) ocupam dentro do sistema jurídico, Dworkin chega, assim, à tese da resposta certa (*the right answer thesis*)²⁴. A resposta certa, registra Chueiri, não é algo dado, mas construído argumentativamente. Isto é, não é dado ao juiz descobrir ou inventar nada, mas sim interpretar os argumentos que lhe são apresentados. Essa atitude interpretativa leva em conta as convicções morais e políticas do julgador, como também aquilo que outros juízes decidiram no passado e, ainda, os padrões morais da comunidade envolvida. Assim, a tese de que há sempre uma resposta certa para o Direito – mesmo em casos difíceis – significa que sempre haverá um princípio no qual o juiz fundamentará sua decisão²⁵.

Para Dworkin, portanto, o juiz não goza de discricionariedade²⁶, uma vez que poderá sempre encontrar nos princípios a resposta correta para qualquer caso, inclusive os difíceis, por isso não se poderia falar em criação de direito, e sim de reprodução.

Nesse ponto, a tese de Dworkin se dirige em sentido diametralmente oposto ao positivismo jurídico kelseniano. Com feito, no famoso capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, o mestre da escola de Viena registra: *Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O acto jurídico que efectiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O direito a aplicar forma em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que – medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito – no acto do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura do quadro que a lei representa – não significa que ele é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral²⁷.*

Essa tese satisfaz plenamente o espírito solipsista que, de regra, permeia a doutrina processualista e a magistratura,

e culmina com jargões do tipo: “o termo sentença tem sua origem etimológica no verbo sentir...”; “esta decisão judicial não é teratológica, pois se comporta plenamente na moldura normativa que giza o fato”, entre outros que podem facilmente ser encontrados nos manuais de Direito e nas decisões judiciais.

A coerência da argumentação jurídica repousaria (...) na cadeia de direito, ao mesmo tempo que satisfaria a legitimidade do Direito e garantiria a segurança do processo de integridade.

O sujeito não pode assujeitar o objeto a partir de sua própria consciência. Apenas na filosofia da consciência é que sentença pode ser compreendida como **um** sentir. Contrariamente, a filosofia hermenêutica²⁸ sustenta que a sentença é ato de compreensão existencial, finita e histórica, que se processa por meio da linguagem. Sentença, ao contrário – se se quiser usar a velha fórmula agora corrigida –, vem de **sentido** (direção), pois se ajusta a uma tradição e projeta-se para o futuro.

Porém, frise-se, o magistrado não vai **descobrir** o direito nos precedentes ou nos costumes e fazê-lo incidir na questão posta à sua decisão. Vai antes interpretá-lo e, para tanto, como sabemos, precisa compreendê-lo como condição de possibilidade existencial, histórica e finita. Nesse sentido, para Streck, a resposta certa é a resposta hermenêuticamente correta (verdadeira). É, pois, *applicatio* (superada, portanto, a *cisão* – metafísica – do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação). Isto porque a interpretação do direito é um ato de “integração”, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo dever ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermenêuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). E – registre-se – a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete²⁹.

Streck adverte, congruentemente, que não está simplesmente aderindo à tese tal qual proposta por Dworkin porque, não obstante possa haver aproxi-

mações entre Gadamer e Dworkin³⁰, a hermenêutica filosófica não é a teoria que sustenta o pensamento do jusfilósofo norte-americano e, chamando a atenção para a diferença entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, assenta:

Considero até mesmo sem sentido a discussão sobre se é possível uma

única resposta correta. Além do mais, enquanto Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-origina-riedade entre direito e moral – e nisso Habermas tem inteira razão –, isto é, aquilo que Dworkin necessita buscar “fora” do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias como a brasileira. Portanto, na situação hermenêutica (no sentido gadameriano do conceito) da Constituição do Brasil, o discurso moral-principiológico não vem de fora, para atuar como corretivo para os “impasses” interpretativos, até porque, e isto parece evidente, o direito é aberto à moral, mas não é dela dependente, como quer, v.g., Alexy. Como bem assinala Arango, os sistemas jurídicos que incorporam princípios substantivos ou materiais como normas básicas valorativamente decisivas (princípios como o Estado democrático de Direito, o Estado Social, a dignidade da pessoa, a solidariedade social, liberdade, a obrigação de erradicar a pobreza, a função social da propriedade) elevam ao patamar de obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral. E citando Dreyer, lembra que as Constituições políticas dos Estados que incorporam aqueles princípios ao direito positivo como princípios juridicamente válidos e como expressão de e da ética política moderna, estabeleceram uma

relação necessária entre direito e moral, já que, com isso, se exige por direito próprio, em casos de vagueza e colisão, aproximar a noção do direito como é ao direito como deve ser. Por isso, a discussão da moral no plano da hermenêutica se coloca na questão do “lidar com o mundo prático”, a partir da não-cisão entre conhecer, interpretar e aplicar. O “conceito moral básico” que decide um caso advém da importância assumida pelo texto (veja-se a incorporação dos princípios substantivos pelo direito), a partir do requisito hermenêutico imposto pela consciência da história efetual. São princípios que, ao introduzirem o mundo prático, “garantem” uma espécie de “objetividade” na interpretação, em que pese a abertura semântica insita aos princípios. Como já dito, é exatamente por isso que os princípios não “abrem” o processo interpretativo em favor de arbitrariedades; ao contrário, a aplicação, a partir dos teoremas fundamentais da hermenêutica (o círculo hermenêutico, que vai do todo à parte e da parte ao todo, do geral para o particular e do particular para o geral e a diferença ontológica, que obstaculiza a dualização entre faticidade e verdade) proporciona um “fechamento” da interpretação, isto é, serve como blindagem contra a “livre atribuição de sentidos”⁵¹.

4 APORTE FINAL

A resposta correta é efetivamente, como quer o jusfilósofo gaúcho, aquela hermenêuticamente construída no caso concreto. Noutra contextualização, significa dizer, sob outra situação hermenêutica, a compreensão será alavancada, diria Stein⁵², sobre outra consciência histórica efetual.

Assim, insistimos em que, numa roda de pagode em Vila Isabel, no Rio de Janeiro, a resposta correta será admitir que Zeca Pagodinho é melhor cantor que Chico Buarque. A situação todavia se inverte se a resposta for erigida sob outro contexto, ou seja, se as condições de possibilidades se erigirem a partir de outra consciência histórico-efetual, como seria o caso de se deflagrar a compreensão no bairro Moinhos de Vento, em Porto Alegre.

Isso não quer significar, porém, que a tradição ou o princípio da igualdade – que pressupõe desisonomia – estejam proporcionando um fechamento da interpretação; não permitem – isso sim – uma atribuição arbitrária de sentido, e é por isso que servem de blindagem.

Se as coisas se apresentam assim, parece, efetivamente, que outro não pode ser o caminho para o palmilhar da experiência jurídica em constituições compromissárias, dirigentes, sobretudo de Estados da chamada “modernidade tardia” – como o Brasil –, onde o juiz, mais que em outro qualquer lugar, deve estar atento aos efeitos da consciência histórica de modo que a decisão judicial volte-se a imprimir efetividade aos princípios que foram introduzidos na Constituição.

NOTAS E REFERÊNCIAS

- 1 ADEODATO, João Maurício Leitão. Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do Direito contemporâneo. *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*. Recife, v. 25/26, p. 131, 1983/1984.
- 2 Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observa-

do, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número). Em alguns contextos a distinção tem usos que se perdem, quando ela desmorona dessa maneira. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36 – 37).

- 3 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 15.
- 4 _____ . *Levando... op. cit.*, p. 128 - 132.
- 5 Idem, p. 36.
- 6 A questão tem sido tratada na doutrina como “juridicização da política”.
- 7 Recepcionando a distinção de Dworkin entre regras e princípios, Alexy elabora uma teoria de caráter estrutural-argumentativo estabelecendo regras para a ponderação de princípios (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997).
- 8 DWORKIN. *Levando... op. cit.*, p. 39.
- 9 Idem, p. 42-43.
- 10 Dworkin reúne alguns exemplos para mostrar o tratamento diferenciado que os princípios devem receber na prática jurídica a partir da ponderação. Entre eles, destacamos o seguinte: *Em 1889, no famoso caso Riggs contra Palmer, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O Tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: “É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino”. Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime”*. O assassino não recebeu sua herança. (DWORKIN, *Levando... op. cit.*, p. 37). No nosso artigo Metamorfoses nos conceitos de direito e de soberania – o princípio da complementaridade: O Tribunal Penal Internacional e a Constituição. *Revista do Tribunal Regional da 1ª Região*, v. 16. n. 9, p. 32-48, 2004, utilizamos a ponderação principiológica para garantir conformidade do texto do tratado – que estabelece a imprescritibilidade dos crimes contra a dignidade da pessoa humana ali previstos, a inoponibilidade das prerrogativas de foro e de função, a entrega de nacionais à jurisdição do TPI e a pena de caráter perpétuo – com a Constituição.
- 11 Dworkin: *Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes (a regra de beisebol segundo a qual o bateador que não conseguir rebater a bola três vezes é eliminado é mais importante do que a regra segundo a qual os corredores podem avançar uma base quando o arremessador comete uma falta, pois a modificação da primeira regra alteraria mais o jogo do que a modificação da segunda)*. Nesse sentido uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenharia um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que a outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (DWORKIN, *Levando... op. cit.*, p.43)
- 12 DWORKIN, *Levando... op. cit.*, p. 41.
- 13 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração her-*

- menêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 108-110.
- 14 MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do Direito: a aplicação dos princípios gerais do Direito pela Corte de Justiça Européia. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxo da auto-observação*. Curitiba: JM, 1997. p. 269.
- 15 Magalhães, a partir daí, questiona: *Como sair deste(s) paradoxo(s)? Como o direito reage e opera tendo em vista seus paradoxos? E ela acrescenta, depois, sem ambigüidade, o seguinte: "... podemos constatar que os princípios não têm um conteúdo semântico, no sentido de que podem determinar o direito sob o plano do conteúdo. O princípio da igualdade serve para admitir, em determinados casos, o retorno à desigualdade na igualdade. Por isto, nem mesmo a dogmática tem a pretensão de que os princípios não sejam contraditórios entre si. Eles são concebidos como estruturas elásticas o suficiente para compensar a rígida binaridade do código do legal e do ilegal. Por isso, nós consideramos, em nossa pesquisa, os princípios gerais do direito da mesma maneira em que o estudioso Heinz Von Foerster considerou a realidade. Durante uma entrevista, a ele foi colocada a pergunta "O que é a realidade?" à qual von Foerster respondeu: a realidade é o 18º camelo. Contou, tentando explicar a sua inusitada resposta, a estória de um religioso islâmico (um "mullah") que, cavalgando seu camelo no deserto, encontrou alguns homens com um grupo de camelos. Percebendo, ao saudar aqueles homens, que estes estavam tristes, perguntou qual era a razão daquela tristeza, ao que lhe responderam: - "Nosso pai morreu". - "Isto é muito triste, mas seguramente Allah o aceitou. Deve haver-lhes deixado alguma coisa". - "Deixou-nos aquilo que possuía, estes 17 camelos, que nos pediu que repartíssemos entre nós. O irmão mais velho deveria ficar com metade dos camelos, o segundo com um terço e, o último, com um nono dos camelos. Tentamos dividi-los mas, sendo 17 o número de camelos, pensamos que seja impossível fazê-lo". O mullah compreende o problema, junta aos 17 seu próprio camelo e, então, começa a dividir: a metade de 18 é 9; um terço é 6; um nono é 2. A soma de nove, seis e dois é 17 (9+6+2=17). Então, salta em seu camelo e se distancia. Qual é a função do décimo-oitavo camelo? Nesta estória, o 18º camelo tem a função de tornar possível a operação de divisão que, diversamente, não poderia ser realizada no sistema. Mas o décimo-oitavo camelo existe ou não existe? Esse camelo, que é "tomado emprestado", é restituído depois que as operações são realizadas, ou permanece no sistema? A operação de divisão não pode colocar em dúvida a existência do camelo. Por outro lado, para que seja possível essa operação, não é necessário pressupor a existência de um camelo, mas sim a existência de um complexo unitário de bens. Em nosso exemplo, o décimo-oitavo camelo adquire um significado apenas quando considerado em conjunto com outros dezessete: não se presume um camelo, mas dezoito. Na realidade, o camelo é tomado emprestado, mas funciona como um dado interior à unidade do sistema. O camelo, então, não pode ser pressuposto, porque é tomado do exterior do sistema, mas também não pode deixar de ser pressuposto, porque então não poderiam ser realizadas as operações do sistema. Assim, se o décimo-oitavo camelo é pressuposto, não se pode considerá-lo como externo, mas unicamente como interno. Em nosso exemplo, efetivamente, não existe o décimo oitavo camelo no interior do sistema. Tanto é assim que, após a realização da divisão dos camelos, ele é devolvido. Contudo, é o fato de ter sido acrescentado o décimo-oitavo camelo que torna possíveis todas as operações de divisão; isto é, não torna possível apenas uma, como seria no caso da dedução. O camelo, por assim dizer, flutua, circula em todas as operações. É por isso que cada operação do sistema constitui uma construção. Através dessa "flutuação" e dessa construção, o sistema procura em si mesmo suas próprias possibilidades evolutivas. No sistema jurídico, os princípios gerais do direito funcionam como um 18º camelo. Aqui, podemos verificar um duplo paradoxo: primeiro, o paradoxo das descrições realizadas pelas teorias do direito, que pretendem descrever os princípios como existentes ou não existentes no sistema; segundo, o paradoxo do próprio modo de operar do sistema através dos princípios, que constitui como que uma consequência do paradoxo da auto-referência do direito. (Grifos e destaques originais). Luhmann aproveita esta estória, como ele próprio registra, recordada de uma conferência de Jean Pierre Dupuy: *L'autonomie et la complexité sociale*, ocorrida em Montpellier em 11 de maio de 1984, no artigo "A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito". In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR. Dalmy (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33 - 107. Nesse trabalho, todavia, utiliza 12 camelos, e a divisão é levada a um juiz, o que revela que, dentre as três formas por meio das quais se opera a redução de expectativas (seletividade), a saber, temporal, social e prática, Luhmann optou pela social, por meio da qual as expectativas são institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre um consenso de um terceiro (um juiz). Magalhães, coerentemente com a linha de seu trabalho, optou pela redução prática de expectativas e, com as estruturas destas podem ser fixadas pela delimitação de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas, por exemplo, obedecer filas, cheque como ordem de pagamento a prazo etc. A positividade, na visão sistêmica - que implica conceber o sistema jurídico como operacionalmente fechado e cognitivamente aberto -, completa-se com a redução da expectativa temporal, em que estas são estabilizadas por meio de normatização. (A respeito, conferir ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31).*
- 16 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46.
- 17 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 108-110.
- 18 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 275-279.
- 19 CHUEIRI, Vera Karam de; DWORKIN, Ronald. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 262.
- 20 DWORKIN, *O império...*, op. cit., p. 272-273.
- 21 Idem, p. 272.
- 22 Idem, p. 275-285.
- 23 CHUEIRI, op. cit., p. 262.
- 24 É comum, entre nós, o uso da expressão etimológica "única resposta certa", que, sem dúvida, encerra em si mesma um tautologismo, na exata medida em que a resposta certa para um caso concreto deve ser a única a revelar a verdade como condição de possibilidade.
- 25 CHUEIRI, op. cit., p. 26.
- 26 DWORKIN, *Levando...*, op. cit., p. 108 - 113.
- 27 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. p. 466-467.
- 28 A partir de GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: 2003. Entre nós, vale conferir no pensamento de Lenio Streck, além da obra aqui já citada, *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.
- 29 STRECK, *Verdade...*, op. cit., p. 210.
- 30 Streck aponta o trabalho de ARANGO, Rodolfo. *Hay respuestas correctas en el Derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.
- 31 STRECK, *Verdade...*, op. cit., p. 211-212.
- 32 Nas palavras de Stein: *A consciência histórica efetual será como que o contraponto da situação hermenêutica. Não há situação hermenêutica que se desenvolva como ponto de partida para considerar determinados temas, não há consciência hermenêutica, situação hermenêutica, senão existe uma consciência histórica efetual, quer dizer uma consciência de que nós somos determinados pelos fatos históricos. Esses fatos históricos, por um lado, são um peso que limita a nossa compreensão, mas de outro lado, explicitados, analisados e interpretados passam a ser a própria alavanca do desenvolvimento da compreensão. Nesse sentido, embutida na idéia da consciência histórica efetual está uma idéia que nos liga à situação hermenêutica.* (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 76.)

Artigo recebido em 13/8/2007.

Carlos Alberto Simões de Tomaz é juiz federal e professor em Belo Horizonte-MG.