

## A CONTRIBUIÇÃO DE KLAUS GÜNTHER AO DEBATE ACERCA DA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.

*Argemiro Cardoso Moreira Martins e Cláudio Ladeira de Oliveira*

### RESENHA

GÜNTHER, KLAUS. *TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO NO DIREITO E NA MORAL: JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO*. TRADUÇÃO DE CLÁUDIO MOLTZ E INTRODUÇÃO DE LUIZ MOREIRA. SÃO PAULO: LANDY, 2004.

A obra de Klaus Günther *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht* (agora editada em língua portuguesa como *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*) é um marco no atual debate da teoria da argumentação. Toda resenha de uma obra significativa é sempre uma leitura parcial dela. Em face disso, optou-se aqui por focar um dos aspectos mais provocativos da obra de Günther: a crítica à distinção entre regras e princípios. Como veremos, este não é o centro da obra de Günther, embora tenha sido o seu ponto mais controvertido e debatido.

Inicialmente, este texto fará uma breve exposição do debate sobre a teoria do discurso, apontando genericamente as críticas a ela endereçadas com o objetivo de situar o contexto no qual se insere a obra de Klaus Günther (I). Após, será analisada a contribuição de Günther ao debate: a distinção entre discursos de justificação e de aplicação (II). Ao final, será discutida a crítica à distinção entre regras e princípios, situando a obra de Günther no contexto do debate que envolve outros autores, tais como Ronald Dworkin, John Searle e Robert Alexy (III).

(I) Existem várias objeções comumente levantadas contra as formulações

da teoria do discurso desenvolvida por Habermas e Apel, uma ética normativa de caráter kantiano que pretende aplicar os postulados da racionalidade ao âmbito da discussão sobre a correção das normas morais que regulam os comportamentos humanos. Uma primeira espécie de objeção, mais radical, é formulada pelos representantes do pensamento pós-moderno, tais como Jacques Derrida e Jean-François Lyotard. Ela rejeita a própria idéia de “racionalidade” de maneira global. Seja o discurso científico do físico que constata fatos, seja o discurso do filósofo que pretende justificar um princípio moral, em ambos os casos tratar-se-ia apenas de expressões de formas de subjetividade vinculadas integralmente às condições subjetivas (políticas, sociais, sexuais, dentre outras) do falante, incapazes de pretender qualquer objetividade independentemente do contexto em que são enunciadas. Para estes críticos, a “racionalidade” é um termo que apenas encobre o inevitável contextualismo de toda e qualquer tese levantada.

Uma segunda espécie de críticos, menos radicais, cujo representante mais destacado é Hans Kelsen, aceita a validade de juízos racionais limitada, porém, ao âmbito da constatação de fatos. “Racional” pode ser o saber sobre fatos ou sobre a escolha estratégica dos meios necessários para realizar algum objetivo humano, porém objetivos e finalidades sociais não estão sujeitos a uma escolha racional. A racionalidade neste caso poderia ser teórica, porém jamais prático-moral.

A característica mais marcante da ética discursiva sempre foi a rejeição enfática destas duas espécies de ceticismo: o conhecimento não apenas pode possuir alguma objetividade racional, “não-contextual”, portanto, como também “racional” pode ser a justificação de determinadas normas de comportamento. Especialmente no caso de Jürgen Habermas, ele pretende que os juízos morais possam ser racionais quando justificáveis por um princípio específico, o “princípio de universalização” – doravante denominado de (U).

Uma terceira espécie de críticos aceita a validade de juízos racionais e, eventualmente, até mesmo quando aplicados ao âmbito moral. No entanto, rejeita a possibilidade de que (U), em virtude de seu universalismo, seja aplicável a um mundo onde os sujeitos que deveriam interpretá-lo estão sempre sob os limites de tempo e conhecimento escassos. Ainda que (U) fosse teoricamente aceitável, as partes que disputam entre si em meio as argumentações morais não seriam capazes de avaliar ou mesmo imaginar **todas** as “consequências” e os “efeitos colaterais” da norma em questão. O caráter humanamente limitado de nosso saber finito e temporal tornaria inútil o princípio (U). Albrecht Wellmer representa essa linha de pensamento. É especialmente contra esta terceira espécie de críticos que Klaus Günther desenvolve seu trabalho.

(II) A tese desenvolvida por Günther é que a justificação de normas e a aplicação de normas têm objetivos distintos e são orientadas por princípios específicos.

Apenas a fundamentação de normas é orientada por (U), ao passo que a aplicação de normas já fundamentadas aos casos concretos exige uma perspectiva distinta. Com isso Günther pretende exonerar o momento da fundamentação do excesso de tarefas que tornariam corretas as críticas que apontam à inviabilidade prática de (U). O próprio Habermas aceitou a necessidade de reformulação do princípio (U) nos termos em que Klaus Günther propõe (cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p. 215-216 e 289).

Embora Günther tenha por propósito primordial a refutação da terceira espécie de crítica apontada acima, sua obra tornou-se mais famosa pela rejeição à tese da “distinção entre princípios e regras”, uma tese que desenvolve a partir do trabalho de John Searle – como veremos adiante.

Günther, ao delimitar um âmbito de justificação e um âmbito de aplicação das normas, está, em realidade, distinguindo entre dois tipos de discursos orientados por questões diversas. O discurso de justificação diz respeito à elaboração de normas válidas, pautadas pelo princípio universalista (U), que busca considerar os interesses de todos os possíveis afetados pela norma em discussão. Este tipo de discurso tem lugar, especialmente, no momento de justificação de uma norma moral. Ocorre que o discurso de justificação assim concebido, tem sua legitimidade derivada do imperativo de se considerar *todos os interesses* dos afetados pela

norma em discussão. A polêmica da justificação de uma norma é pautada pela antecipação de possíveis casos pertinentes, considerados em aspectos gerais e exemplares. Antecipa-se, com isso, uma série de conseqüências possíveis. Ocorre que a discussão desses casos possíveis se dá na medida em que é possível generalizá-los, ou seja, selecionam-se os fatos a partir do critério do *traço em comum* com outras hipóteses tidas por relevantes e não a partir do *aspecto particular* de cada situação (cf. p.46-47).

Günther problematiza essa noção de norma universalmente válida, utilizando a célebre história narrada por Kant. Um perseguido político em fuga da força policial prussiana adentra uma aula do famoso filósofo que o abriga embaixo de sua mesa. Logo a seguir, os policiais entram em cena e o questionam sobre o fugitivo. Kant se vê diante de um dilema moral: diz a verdade e entrega o perseguido à cruenta polícia política ou mente e salva a vida de uma pessoa, transgredindo uma norma moral universal. Günther se propõe a solucionar este dilema ao introduzir a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação. Segundo Günther, todas as teorias que tentaram resolver a questão moral da seleção arbitrária dos fatos na decisão de um caso ignoraram esta distinção, tendendo a subestimar o problema da aplicação das normas que se vale de um critério distinto, porém não incompatível com o princípio da universalidade (cf. p. 22-24). O estabelecimento de critérios racionais para a construção, por exemplo, de uma decisão

judicial adequada a um determinado caso deve partir dessa distinção fundamental.

Retomando o exemplo do fugitivo, a norma que proíbe a mentira é válida, embora não se considere este “efeito colateral” particular como hipótese no processo de justificação da norma. Duas razões podem explicá-lo. A particularidade do caso simplesmente não teria sido antecipada pelos participantes do discurso de justificação ou, mesmo tendo sido antecipado, ele pode ter sido considerado irrelevante para o debate sobre a validade de uma norma geral e abstrata. Como afirma o texto de Günther, neste nível de argumentação, a escolha dos fatos relevantes é norteadada pelo desiderato exclusivo de testar a universalidade da norma (cf. p. 47). O que importa em um discurso de justificação é a determinação do conteúdo semântico de uma norma para que ela seja traduzida em “termos universais” passíveis de aceitação por todos os interessados em circunstâncias gerais e previsíveis.

Ora, o imperativo de considerar o interesse de todos exige condições ideais de tempo e de conhecimento que, obviamente, não se confirmam na realidade. É impossível prever todas as conseqüências decorrentes da aplicação de uma norma. Mesmo que dispuséssemos de conhecimento ilimitado quanto aos possíveis “efeitos colaterais”, ele não seria útil para a feitura de uma norma geral e abstrata de caráter universal. Günther assinala, ainda, o problema de se determinar quais são os “interesses” dos participantes de um processo de justificação de uma norma, uma vez que os

interesses das pessoas são mutáveis e circunscritos a certos horizontes históricos e sociais. Embora nesse processo as condições ideais de tempo e de conhecimento não sejam satisfeitas, o princípio não é abandonado. A exigência ideal da consideração de *todos os interesses* deve ser satisfeita na medida do possível. Assim, num primeiro momento, o discurso de justificação de uma norma atenderia ao critério da universalização em sua “versão fraca”, assim expressa por Günther: “Uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente” (p. 67). Trata-se aqui da concordância de todos os interessados em torno da antecipação das conseqüências previsíveis dentro de certos limites temporais e cognitivos. Em um segundo momento, Günther procura compensar a “versão fraca” do princípio (U), por meio do discurso de aplicação de uma norma válida.

É importante sublinhar que para Günther a aplicação de normas perante casos singulares é antes de tudo uma forma de discurso. Sendo assim, ele também é pautado pelos critérios da ética do discurso, tal como formulados por Habermas. No processo de aplicação também vigoram os princípios da não-contradição, da consistência semântica, da veracidade, da simetria na participação dos sujeitos do discurso, dentre outros. O desiderato do discurso de aplicação também é garantir a prevalência do melhor argumento (cf. p. 75-80).

O discurso de aplicação é proposto como forma de complementar a norma válida com considerações sobre os efeitos colaterais não antecipados ou desconsiderados no discurso de justificação, porque somente diante da singularidade do caso é que se pode, e ainda assim com reservas, determinar todos os possíveis efeitos de uma norma. Uma norma válida descreve os fatos a partir de condições iguais e previsíveis. Esta noção, no entanto, não garante sua aplicação sob quaisquer circunstâncias. Assim, a situação de aplicação, antecipada pela norma válida em condições normais, deve ser suplementada por uma completa descrição da situação que considere também as circunstâncias variáveis não antecipadas pela descrição normativa (cf. p. 336-349).

O discurso de aplicação parte da existência de normas válidas e aplicáveis *prima facie* que deverão ser adequadas a um determinado caso. Uma norma aplicável *prima facie* é aquela cuja aplicação não deve ser determinada, exclusivamente, pela identidade semântica entre os fatos hipoteticamente descritos na disposição normativa e aqueles utilizados na descrição do caso concreto e singular. É também necessário considerar os fatos não previstos. No exemplo do fugitivo, não se pode desconsiderar a consequência da observância da norma que proíbe a mentira: a delação de uma pessoa inocente que, com isso, tem a vida ameaçada. Trata-se, na verdade, da aplicação do princípio da imparcialidade no âmbito do discurso. No discurso de justificação, a imparcialidade existe

quando se consideram todos os interesses envolvidos. No discurso de aplicação, por sua vez, a imparcialidade é assegurada pela consideração de todos os fatos relevantes do caso. A idéia de imparcialidade permite a consideração, em nosso exemplo, do interesse do foragido, que pode encontrar respaldo na norma que proíbe a delação de um inocente.

A partir da proposta de discussão de uma norma em dois níveis, pode-se atender ao princípio (U) em sua “versão forte”, assim expressa por Günther: “Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente” (p. 65). É importante sublinhar que não se está retomando a discussão sobre a validade de uma norma, como ocorre no discurso de justificação. Na aplicação de uma norma válida ela emerge como aplicável *prima facie*, de par com outras normas igualmente válidas e possivelmente aplicáveis, o que significa dizer que a adequação de uma norma ao caso individual precisa também ser justificada. É neste segundo nível, o de aplicação de uma norma, que se deve atender ao “senso de adequabilidade” na determinação da norma cabível a um caso singular, de maneira que possa ser aceita como legítima por todos os interessados. Ocorre que a norma adequada ao caso será determinada após o exame de todas as normas aplicáveis *prima facie*, bem como de todos os fatos relevantes. Esse

processo envolve a reconstrução das primeiras de maneira coerente com o caso, como forma de escapar do casuismo na determinação das normas aplicáveis. A cada caso deve-se repetir o processo. Para Klaus Günther a questão da seleção dos fatos no processo de construção de uma decisão normativa deve se sujeitar a um critério racional de avaliação.

A idéia de adequabilidade é o modo como Günther busca contornar o problema acima apontado da seleção arbitrária das características factuais no caso de aplicação. Inicialmente, não há possibilidade de resolver esse problema com a busca de critérios puramente formais ou metodológicos de aferição, ou seja, de critérios tomados independentemente do caso de aplicação. A única regra formal é a obrigatoriedade da descrição completa da situação de aplicação. A partir daí, o discurso de aplicação é pautado, de um lado, pela análise sintática dos termos normativos universais referentes a um caso geral e abstrato. Trata-se de verificar os possíveis significados das referências factuais da norma *prima facie* aplicável. No âmbito dos discursos jurídicos, as regras de interpretação e os precedentes judiciais ajudam a cumprir o papel de delimitar as possíveis significações do caso descrito na norma. De outro lado, devem-se destacar os contornos do caso concreto de aplicação, de modo a realçar os seus traços característicos. Isso permite verificar semanticamente se o conjunto de traços do caso de aplicação coincide com o conjunto de traços do caso geral e abstrato descrito na norma *prima facie* aplicável.

Aqui Günther faz uma importante colocação: a identidade entre a descrição normativa do fato e o conjunto de dados do caso não é suficiente para determinar o cabimento da norma *prima facie* aplicável. Isso pode ocorrer porque a descrição completa do caso concreto poderá indicar outros traços característicos que habilitem a aplicação de outras normas válidas (cf. p. 64). Günther exemplifica essa situação da seguinte maneira: uma pessoa faz a promessa de comparecer a festa de seu amigo Smith. A norma *prima facie* aplicável ao caso é a de que “promessas devem ser cumpridas”. No entanto, essa norma poderá ser afastada, caso a descrição completa da situação evidencie outros traços característicos, tais como: (1) Não foi feita nenhuma promessa a Smith; (2) aquilo que foi dito a Smith não se tratava de uma promessa efetiva, mas apenas de uma possibilidade remota ou, (3) embora a promessa tenha existido, um outro amigo, Jones, se encontrava em dificuldades e precisava de ajuda no exato momento da festa. A partir desse singular exemplo, Günther procura evidenciar que a completa descrição de uma situação de aplicação pode alterar ou mesmo afastar a aplicação de uma determinada norma válida, tida como *prima facie* aplicável. As primeiras duas hipóteses lançam dúvidas sobre o cabimento da norma que assevera que as “promessas devem ser cumpridas”, pois buscam descharacterizar os supostos fáticos que autorizam a sua aplicação, ou seja, negando a existência de uma “promessa” genuína (cf. p. 336-338).

O terceiro caso não nega a existência de uma promessa genuína, mas afirma a existência de um fato não previsto normativamente que pode desautorizar a aplicação da norma que prescreve que “promessas devem ser cumpridas”. Aqui surge um dado novo que caracteriza o pressuposto fático de uma outra norma *prima facie* aplicável: “não se deve negar auxílio a um amigo em dificuldades”. Trata-se de uma colisão de normas *prima facie* aplicáveis.

Nesse exato ponto, surge uma discordância fundamental de Günther com as teses de Robert Alexy. Para este último, um conflito normativo deste gênero se resolve por meio de uma ponderação de valores traduzidos em ambos os princípios colidentes. Para Günther, contrariamente, não se trata de uma disputa entre valores, mas da determinação de uma norma mais adequada ao caso concreto, cuja determinação não passa pelo processo de sopesamento de valores.

Günther não vislumbra na ponderação de valores um critério racionalmente verificável para determinar qual a norma adequada ao caso. No exemplo da festa de Smith, seguindo o critério da ponderação, o seu convidado estaria isento de culpa, pois auxiliar um amigo em dificuldades é mais importante do que desapontar Smith por não comparecer a sua festa, uma trivialidade ante a aflição de uma pessoa. O problema desse tipo de solução é que ela substitui a lógica da aplicação pelo seu resultado, reduzindo a discussão ao que é melhor no caso e não ao que é normativamente devido. Com isso, interrompe-se o processo de argumentação,

introduzindo critérios materiais carentes de uma justificação adequada (cf. p. 351-352). Auxiliar um amigo em necessidade é mais importante do que comparecer a uma festa porque, axiologicamente, simplesmente é assim. Um discurso de aplicação pautado pela imparcialidade deve rejeitar esse tipo de decisão. A devida solução do conflito normativo deve ser buscada em um outro nível, que possibilite uma melhor fundamentação da norma aplicável ao caso. Um modelo mais apropriado é vislumbrado por Günther na teoria da “integridade” proposta por Ronald Dworkin (a esse respeito ver p. 404-414).

(III) Na teoria do direito há muito é costumeira a afirmação de que a jurisprudência deve levar em conta não apenas regras cuja interpretação se encontra fora de controvérsias, mas também “princípios” cuja aplicação demanda o uso de argumentos às vezes bastante complexos. É possível afirmar que o debate sobre a distinção entre princípios e regras adquiriu suas feições atuais a partir da intervenção de Ronald Dworkin que, em ensaio de 1967 (*The model of rules*) no qual dirigia sua crítica ao positivismo de Hart, reivindicou para “regras” e “princípios” uma diferença de natureza “lógica” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-72). Sob aspectos fundamentais os argumentos que oferece para sustentar a distinção são similares aos utilizados na obra de William David Ross (*The right and the good*. Indianapolis: Hackett, 1988), o que, no entanto, não permite ignorar

que foi mesmo com Dworkin que tal distinção foi incorporada à teoria jurídica reivindicando para si um *status* lógico especial, até encontrar em Robert Alexy uma densidade antes inédita.

Esta tese de que há entre princípios e regras uma distinção lógica-estrutural, especialmente tal como formulada por Robert Alexy, tem sido contestada por Klaus Günther, apoiando-se em argumentos elaborados originalmente por John Searle (SEARLE, John. *Prima facie obligations*. In: RAZ, Joseph (Org.). *Practical reasoning*. Oxford: OUP, 1978. p. 81-90). Pela importante divulgação que esta tese recebeu na teoria jurídica e mesmo na jurisprudência, convém atentar para os termos da crítica que lhe é dirigida.

Em seu “ataque geral contra o positivismo”, Dworkin afirma que na argumentação jurídica são encontrados “padrões” (*standards*) de distintas espécies: aqueles que funcionam como “regras” (*rules*), os que funcionam como “princípios” (*principles*) e os que funcionam como “políticas” (*politics*). Entre princípios e políticas, ainda que o próprio Dworkin afirme usar tais termos, muitas vezes, de modo intercambiável, há uma importante distinção. A política é definida como um tipo de padrão que estabelece um objetivo social a ser alcançado, como a promoção do crescimento econômico, a redução do desemprego e a redução dos acidentes de trabalho. Por sua vez, princípios são definidos como o tipo de padrão que formula uma “exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da

moralidade” e que deve ser observada em virtude de seus próprios termos e não porque é capaz de promover algum estado de coisas visto como socialmente desejável. No exemplo do próprio Dworkin, o padrão segundo o qual “ninguém deve beneficiar-se de sua própria torpeza” é um princípio, ao passo que o padrão que estabelece que acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política.

Mas o que interessa mesmo a Dworkin é a oposição entre princípios em sentido genérico (ou seja, incluindo políticas) e regras. Para ilustrar esta importante distinção Dworkin apóia-se em decisões judiciais extraídas de tribunais norte-americanos para afirmar que “a distinção entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39), ainda, que a distinção fica evidente apenas quando é examinado o modo de funcionamento das regras e princípios. A formulação do critério de distinção é conhecida: a aplicação das regras, tais como as que estabelecem o limite máximo de velocidade de 50 km por hora em determinada via, ocorre à maneira do “tudo ou nada”. Dada uma determinada regra, ou ela não é válida, e nesse caso deve ser afastada, ou é válida e deve ser aplicada, ou ainda é válida, mas comporta algum tipo específico e delimitado de exceção. Uma vez reconhecida como válida a regra que estipula o limite de velocidade, ou ela é observada ou é fixada uma exceção. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida ou há exceção.



Não é o que ocorre com a aplicação de princípios, pois nos casos em que tratamos de padrões, como “ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza”, não se pretendem “estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 41). Um princípio enuncia uma razão que influencia o argumento em determinada direção, mas a aplicação do princípio permanece na dependência de uma decisão particular. Afinal, princípios possuem uma dimensão ignorada pelas regras: o peso ou importância.

Não é a forma assumida pelo padrão que permite concluir tratar-se ele de um princípio ou de uma regra; muitas vezes ela pode dar margem à confusão. Em casos assim, por mais que Dworkin houvesse afirmado ser lógica a distinção, ela deve ser auferida por referência ao contexto concreto de aplicação, ao conjunto das instituições da prática de determinada comunidade jurídica:

“Um testamento é inválido a menos que seja assinado por três testemunhas” não é muito diferente, quanto à forma, de “um homem não poderá beneficiar-se de seus atos ilícitos”, mas quem conhece o direito norte-americano sabe que deve considerar a primeira frase como a expressão de uma regra e a segunda como expressão de um princípio (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 43).

Robert Alexy, em 1986, retorna a tal distinção por ocasião de sua tentativa de reconstruir aspectos importantes da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Alexy apresenta a distinção entre princípios e regras como uma reconstrução racional com os meios da teoria discursiva do direito e descreve o procedimento de aplicação dos direitos fundamentais levada a cabo pelo Tribunal Constitucional Federal alemão como expressão de uma “ordem concreta de valores”. Esta construção teórica do tribunal seria passível de críticas, pois permitiria uma substituição do caráter normativo da constituição em benefício das opções axiológicas do próprio tribunal, criando um curto-circuito entre as atividades judicial e legislativa. Uma interpretação adequada substituiria a interpretação de “valores” por “princípios”, enquanto normas estruturalmente distintas das regras (cf. ALEXY, Robert. *Sistema jurídico y razón práctica*. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa: Barcelona, 1994. p. 159-177). Segundo Günther, seu objetivo seria impor um modelo racional ao processo de ponderação utilizado pelo tribunal (p. 316-317). Não cabe aqui fazer justiça ao debate constitucional, mas tão-somente fixar o argumento essencial da distinção, crucial para distinção entre princípios e regras. Alexy pretende que sua distinção seja conceitualmente mais rigorosa do que as várias fórmulas até então encontradas na teoria jurídica e na jurisprudência, especialmente aquela formulada por Dworkin.

No entanto, os termos em que o faz deram origem a uma disputa relevante quanto à correta fixação do conceito de princípios entre autores vinculados à ética discursiva.

Princípios e regras são as duas espécies distintas de normas jurídicas, ambos possuindo validade normativa, um conceito que não sofre “gradação”: normas em geral ou são válidas ou não. A diferença entre ambas é questão não apenas de grau ou generalidade de sua formulação mas sim “qualitativa”: “toda norma ou é uma regra ou um princípio.” Os princípios contêm mandamentos que não são definitivos, mas apenas *prima facie*, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, observados os limites das possibilidades jurídicas e fáticas: princípios são nesse sentido “mandamentos de otimização.” A obediência a um princípio é uma questão de grau. Os termos exatos de seu cumprimento em casos concretos depende dos fatos e de outras normas jurídicas possivelmente aplicáveis, simultaneamente, sobre a matéria. Por sua vez as regras desconhecem a variabilidade no grau de seu cumprimento: regras ou são observadas ou são desobedecidas. A exigência que elas contêm deve ser integralmente observada, sem margem a gradações em seu cumprimento.

O modo mais elucidativo de demonstrar esta distinção é, para Alexy, o estudo dos casos de conflito de regras e colisões de princípios. Quando duas regras conflitam entre si a solução consiste na introdução de uma regra de exceção ou na declaração de invalidez

de ao menos uma das duas regras. Neste caso, a decisão sobre a correta aplicação dos dispositivos normativos em conflito é sempre uma questão sobre a validade jurídica dos mesmos. De outro lado, na colisão entre princípios não há disputa quanto à validade de ambos, mas sim quanto à dimensão do “peso” de cada um deles. Um deles deve “ceder” diante do outro, no caso concreto. É estabelecida uma relação de preferência condicionada entre os princípios.

Assim, um conflito entre duas regras, uma das quais proíbe a circulação de veículos no parque e outra que regula o uso de ambulâncias para a prestação do socorro aos enfermos, especialmente num caso em que um cidadão sofre um ataque cardíaco durante um passeio no parque, tal conflito pode ser solucionado graças à inclusão de uma “cláusula de exceção”. Caso uma regra permita o protocolo de um recurso até o quinto dia útil posterior à intimação da decisão, e outra regra determine que o prazo para o mesmo recurso é de três dias, uma das duas não pode ser válida. Mas se o conflito existe entre princípios que estabelecem uma proteção à liberdade de imprensa e informação e outro que garante o direito à informação, aceita-se a validade de ambos os princípios, porém, diante das condições fáticas e normativas concretas, é estabelecida uma relação de preferência condicionada, mediante a qual um dos dois, devido a seu maior peso, “cede” perante o outro, no caso concreto.

Contra esta tese Günther contesta a oposição “estrutural” entre normas

definitivas e *prima facie* como o resultado de uma compreensão equivocada de duas formas distintas de juízos sobre normas. Para ele é um equívoco afirmar que princípios estabelecem comandos *prima facie* e regras comandos definitivos, pois todas as normas são *prima facie* válidas e comandos definitivos são sempre o resultado de juízos de aplicação de normas a casos concretos. Vejamos o exemplo: X promete a Y ir a sua festa de aniversário, mas, chegada a hora da festa, um vizinho, gravemente enfermo, implora por socorro. Deve dirigir-se à festa tal como havia prometido ao amigo, ignorando o pedido de auxílio, ou deve auxiliar o vizinho levando-o ao hospital, descumprindo a promessa inicialmente realizada? A mais famosa variação deste “dilema” moral encontra-se já em Kant, como vimos acima, em sua rejeição de um suposto direito à mentira motivado por causas nobres. Não se trata aqui de avaliar filosoficamente a tese kantiana, mas apenas do problema atinente à correta definição do conflito moral em questão. O modo como autores como Ross pretendem solucioná-lo é inserindo uma distinção conceitual entre tipos de obrigação *prima facie* e definitiva e aqui reside o problema contra o qual dirigem-se Searle e, seguindo-o, Günther.

Searle identifica duas acepções de obrigação em Ross e outros autores que compartilham semelhante definição (para o que se segue cf. SEARLE, John. *Prima facie obligations*. In: RAZ, Joseph (Org.). *Practical reasoning*. Oxford: OUP, 1978. p. 81-90). No primeiro caso, obrigações

*prima facie* válidas apenas parecem estabelecer uma obrigação, sem que o façam realmente, ao passo que obrigações atuais vinculam verdadeiramente. A afirmação “1. X tem uma obrigação *prima facie* de fazer A” não implica que “2. X tem uma obrigação de fazer A”, porque ela é consistente como “3. X não possui nenhuma obrigação real de fazer A, ele apenas parece possuir tal obrigação”.

Para Searle, esta acepção deve ser prontamente rejeitada, uma vez que é incapaz de expressar o fato muito cotidiano de que pode haver conflitos reais entre obrigações morais: se obrigações surgem apenas como resultado de juízos concretos de aplicação, então seria o mesmo que afirmar que, sendo preferida a norma que recomenda o auxílio às pessoas, sequer houvesse surgido alguma obrigação resultado da promessa realizada. Seria como se ela simplesmente não houvesse sido feita, por incapaz de gerar uma obrigação.

A segunda acepção identificada por Searle opõe obrigações *prima facie* e absolutas, e é similar àquela utilizada por Alexy, pois insere uma relação de precedência lógica entre dois tipos de obrigação: uma que é *prima facie* e goza de um *status* hierarquicamente inferior às obrigações definitivas. Uma obrigação *prima facie* não deixa de existir mesmo quando é afastada por obrigações absolutas, ela apenas pertence a uma classe de obrigações inferiores – por mais fracas, podendo ser reconhecida em algum caso concreto quando for capaz de afastar todas as demais obrigações que incidem sobre uma mesma situação. Mas

neste caso a decisão sobre o caráter *prima facie* ou absoluto da obrigação dependeria da situação particular de conflito, pois obrigações que numa dada situação assumem um caráter absoluto poderiam no futuro surgir em outras situações como *prima facie*. Como então distinguir entre dois tipos de normas, um estabelecendo obrigações *prima facie* e outro, absolutas antes de uma situação concreta de aplicação?

O núcleo da tese de Searle consiste em distinguir dois tipos de proposições sobre obrigações, um particular (“9. Brown está obrigado a fazer *A* porque ele prometeu fazer *A*”) e outro genérico (“10. Todas as promessas criam obrigações”). A questão é que afirmações como 9 podem assumir um caráter *prima facie* ou absoluto, dependendo do caso concreto, ao passo que todas aquelas semelhantes a 10 são sempre *prima facie*, já que “toda obrigação está sujeita a ser afastada por considerações especiais em circunstâncias particulares”.

Uma terceira interpretação, proposta pelo próprio Searle, demonstra o equívoco que ele identifica na aceção anterior e recomenda a substituição da expressão *prima facie* por conceitos que evitam as dubiedades apontadas. Em vez de uma distinção ontológica entre tipos de obrigação, ele sugere uma distinção entre tipos de juízos deontológicos sobre as obrigações existentes. Para Searle é importante distinguir entre os seguintes tipos de afirmações:

(a) João tem uma obrigação de fazer *A*. [...]

(d) João deve, tudo o mais permanecendo igual, fazer *A*.

(e) João deve fazer *A*.

(f) Todas as coisas consideradas, João deve fazer *A*.

(g) Todas as coisas consideradas, João não deve fazer *A*.

(h) João tem uma obrigação de não fazer *A*.

A fonte de muitas confusões teóricas reside no desconhecimento de que, se por um lado afirmar (a) vincula com (d), por outro lado (a) não apenas não vincula com (f) como também é coerente com a afirmação (g). A questão é, portanto, que é possível, em situações de conflito normativo, ser titular de uma obrigação válida (ex.: não mentir), mas, ao mesmo tempo, uma vez considerada a “máxima quantidade de informação relevante” sobre a situação, não realizar aquilo que a obrigação em questão prescreve.

Afirmar (a) implica (d), porque obrigações fornecem razões de um tipo especial para justificar determinadas ações e o “deve” de (d) expressa tais razões, e, por isso, dizer (a) é um modo indireto de afirmar (e). A passagem de (a) para (f) ou (g) corresponde à passagem de (9) a (10), e é alcançada mediante “princípios da conversação” (uma idéia a partir da qual Günther construirá sua tese do princípio de adequação) e não graças a caracteres semânticos especiais de obrigações estruturalmente diversas: “esta distinção permanece clara no uso ordinário da linguagem e não requer a introdução do termo *prima facie*”

para ressaltá-la” (SEARLE, John. *Prima facie obligations...*, p. 89).

Apoiado nestes argumentos, Günther objeta, ainda, que o modo como Alexy defende a tese não permite compreender por que os discursos de aplicação são exigidos pela “estrutura” dos princípios e não das regras, quando isso seria uma exigência para todos os casos de aplicação de normas. Apenas depois que houvésemos descrito a situação de modo adequado seria possível concluir pela existência ou não de uma obrigação concreta de agir, apoiados nas regras previamente interpretadas.

O erro de Alexy consistiria em unificar duas proposições deontológicas diversas: “x deve fazer y”, e “após todas as coisas serem consideradas, x deve fazer y”. Não haveria sentido em atribuir a uma norma o caráter de definitiva antes que pudéssemos verificar se conflita com outras regras, pois o caráter definitivo de uma norma decorre de a considerarmos apropriada em situações que podemos compreender claramente. Quando, em situações concretas, aplicamos normas num sentido “absoluto”, isso ocorre porque já consideramos as circunstâncias relevantes e, portanto, “a distinção entre regras e princípios não é uma distinção do conceito de norma, mas da condição da ação, sob as quais as normas são aplicadas” (p. 319). Não se trata de distintas estruturas (entre princípios e regras), mas sim de usos diferentes das normas jurídicas.

Embora o argumento de Günther dependa, neste ponto, de uma plausibilidade do princípio de adequação nos

termos acima esboçados, é possível desde já perceber que Alexy não faz justiça à crítica quando a interpreta como se fora uma afirmação de que “apenas normas existem” (ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles. Ratio Juris*, v. 13, n. 3 (294-304), p. 299, 2000), ao passo que princípios não. Ora, o que Günther afirma, apoiado na tese de Searle, é que não há uma peculiaridade na estrutura das normas que permita a classificação entre normas que estabelecem comandos de otimização e normas que estabelecem obrigações definitivas, mas sim uma distinção entre o uso de regras em discursos de fundamentação de normas e de aplicação, no qual são consideradas todas as características da situação.

Isso não implica rejeitar a existência de “princípios”, ou, ainda, afirmar a exclusividade das regras como normas que estabelecem obrigações definitivas e certamente não é esse o caso em Günther. Sua tese é compatível com a idéia de que há normas jurídicas mais abstratas cuja validade é a mesma das regras; especialmente se por “princípios” consideramos argumentos que reconstróem parcialmente alguns aspectos do ordenamento jurídico segundo uma perspectiva moral, por exemplo como faz Dworkin.

O problema de Alexy consiste em que sua defesa da distinção estrutural permanece dependente de uma opção entre dois tipos de classificação das normas jurídicas em geral e dos direitos fundamentais em particular, classificação esta que, por unilateral, sutilmente

carrega consigo a tese que Alexy pretende defender. Ele apresenta as opções de modo a induzir a opção por sua perspectiva: as normas apenas podem ser definidas (i) como consistindo exclusivamente em regras, no sentido de obrigações definitivas que, especialmente no caso dos direitos fundamentais, definem posições individuais oponíveis contra o Estado, ou (ii) como consistindo em dois tipos de normas estruturalmente distintas, divididas em regras (obrigações definitivas) e princípios (comandos de otimização) (cf. ALEXY, Robert. *Constitutional rights, balancing, and rationality*. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003). Ora, se a opção

(ii) é rejeitada — como é por Searle/Günther, isso não significa estar obrigado a aceitar (i)! Sobretudo, a objeção de Alexy perde sentido se observamos que, para Günther, obrigações definitivas apenas surgem após a consideração das circunstâncias relevantes, ou seja, como resultado de discursos de aplicação de normas. Ainda que uma norma seja criteriosamente precisa na obrigação que estabelece, não é possível se assegurar contra a totalidade dos casos futuros de aplicação, cujas circunstâncias especiais podem recomendar seja aceita uma exceção. E com isso não se obriga a uma definição tão restrita de normas como em (i).

*Argemiro Cardoso Moreira Martins*

DOUTOR EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA UFMG,  
MESTRE EM INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS PELA UFSC

*Cláudio Ladeira de Oliveira*

DOUTOR E MESTRE EM FILOSOFIA DO DIREITO PELA UFSC