

O DISCURSO DE FUNDAMENTAÇÃO E APLICAÇÃO EM KLAUS GÜNTHER: consequências para a distinção entre casos fáceis e difíceis em Dworkin

The Discourse of Justification and Application in Klaus Günther: consequences for the distinction between easy and hard cases in Dworkin

Matheus Soares Kuskoski¹
matheus_kuskoski@yahoo.com.br

Resumo: introduziremos a contribuição de Klaus Günther à Filosofia do Direito contemporânea, situando-a relativamente às posições de Ronald Dworkin. Primeiramente, apresentaremos a diferença entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação de normas, caracterizando-os. Após, demonstraremos as consequências de tal distinção para o debate sobre princípios e regras. Ao final, proporemos uma crítica ao conceito de *hard case* de Dworkin a partir da teoria de Günther.

Palavras-chave: Günther; Dworkin; discurso de fundamentação; discurso de aplicação; princípios.

Abstract: I shall introduce Klaus Günther's contribution to contemporary Philosophy of Law. First, the difference between rule's foundation and application discourse will be shown and characterized. Later, I will argue that such distinction brings about consequences to the debate on principles and rules. Finally, I will propose a critique to Dworkin's concept of *hard case* through Günther's theory.

Keywords: Günther; Dworkin; foundation discourse; application discourse; principles.

I. A proposta de Klaus Günther pela distinção entre Fundamentação e Aplicação

A obra que utilizaremos aqui é *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*². Nela, Günther expõe seu problema dialogando diretamente com Dworkin: usa-se do *stare case* Riggs vs. Palmer, o problema do assassino de seu avô herdar os bens que este havia lhe deixado em testamento. Neste caso exemplar, para justificar o indeferimento da herança utilizou-se o princípio de que ninguém deve lucrar de seu comportamento ilícito e, assim, fundamentou-se uma decisão não prevista no ordenamento jurídico. Günther questiona:

Será que nesses casos só importa auferir os princípios corretos? Os argumentos seguintes deverão confirmar a suspeita de que, em casos de conflito moral e jurídico, teremos maiores problemas em avaliar adequadamente a situação, à qual se poderiam aplicar diferentes regras e princípios. O senso para a equidade não só se revela em seguir princípios corretos, mas também em aplicá-los de forma imparcial, considerando-

¹ Graduado em Direito e mestrando do Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas; bolsista Capes.

² (2004) Título original: *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht* (O sentido de adequação: discurso de aplicação no direito e na moral).

se todas as circunstâncias especiais. Nesse sentido, a tese deste livro é a de que não se pode abdicar da razão prática³.

Sua teoria, portanto, parte do problema de como decidir casos concretos. Encontrar as normas aplicáveis ao caso, princípios ou regras, não é o bastante, pois se faz necessário um discurso argumentativo que estabeleça a adequação da norma a ser aplicada.

O autor afirma não haver padrão normativo que não contenha referências situacionais. Baseia-se em Richard Hare, o qual afirma:

Os modos imperativo e indicativo [...] têm em comum [...] tudo o que se refere a estados de coisas efetivos ou possíveis⁴. Uma prescrição que não descreva de maneira mínima o estado de coisas existente ou que se pretende é, podemos dizer, vazia – não obriga a nada. Dessa forma, “qualquer norma moral se caracteriza por ser ‘impregnada de caso’⁵.

Em outras palavras, uma prescrição, em sua própria enunciação, já prevê uma série de situações em que será aplicável, para as quais terá força normativa. Nas palavras Dutra⁶: “Isso significa que a norma tem um componente descritivo que é sua condição de aplicação”.

Todavia, uma norma só se torna o que é por ter uma aspiração à universalidade. Se não, poderia ser um comando ou uma sugestão, outra coisa qualquer e não uma norma. Ela tem, por um lado, uma série de conteúdos descritivos do mundo, enquanto por outro pretende impor um dever universal. A distinção entre normas gerais e específicas é uma de grau, da quantidade de elementos descritivos encontrados em cada uma, mas não de qualidade. Assim, mesmo normas bastante específicas são compatíveis com a universalização. Apenas normas singulares, como comandos ou ordens, que se dirigem a apenas uma pessoa ou grupo determinado, são contraditórias com a lógica das normas universais⁷. Esse intuito de universalização pode ser considerado, desde Kant, passando por Hare, mas, para Günther, especialmente com Habermas, como o fundamento moral de qualquer norma. O princípio de universalização, sucintamente apenas “U”, restringe a validade das normas à condição de o respeitarem. Ou seja, elas devem ser formuladas.

[...] de modo que as respectivas conseqüências e os respectivos efeitos colaterais, que resultem do seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, possam ser aceitos por todos os envolvidos (e

³ Cf. 2004, p.19.

⁴ Cf. 1996, p.24.

⁵ GÜNTHER, 2004, p.39.

⁶ Cf. 2006, p.20.

⁷ GÜNTHER, 2004, p.41.

preferidos aos efeitos das conhecidas opções alternativas de regulamentação)⁸.

Günther faz uso, na esteira de Habermas, da ética do discurso. Não é, portanto, uma avaliação individual que pode afirmar o atendimento de “U” por uma norma. É preciso o diálogo de todos os envolvidos livremente, sem contradições, coações ou assimetrias, e o assentimento livre à norma em questão. Todavia, distingue-se a versão forte do princípio de universalização de outra mais fraca, a defendida por Günther. A versão forte de “U” padece de uma exigência abrangente demais a ponto de tornar-se ideal, pois supõe seres com conhecimento e tempo ilimitados⁹. Eis a variante:

Uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente¹⁰.

Busca-se escapar da crítica dirigida contra “U” ao torná-lo factível. Esta versão assume seres humanos de conhecimentos limitados, mas razoáveis e capazes de prever situações possíveis dentro de seu horizonte de experiências. É um princípio que demanda reciprocidade – os indivíduos colocam-se no lugar dos que vão sofrer as ações e se comprometem mutuamente a obedecer – e imparcialidade – consequências iguais para situações iguais, mediante avaliação e consideração exaustiva e sem preferências de todos os elementos pertinentes¹¹.

Assim, assume-se a observância de “U” como exigência fundamental de qualquer norma moral válida. Como tal, demanda o exame das possíveis circunstâncias em que a norma será aplicada. É impossível, porém, dadas as limitações inerentes à condição humana, prever todas as possíveis circunstâncias em que uma norma será aplicada:

Portanto, não podemos excluir a possibilidade de sermos surpreendidos no momento seguinte a uma situação, na qual descobrimos outros sinais característicos daqueles que até então prevíamos e que, à luz de outros interesses, interpretamos de modo diferente daquilo que até então interpretávamos¹².

É preciso distinguir entre dois momentos. A fundamentação de uma norma diverge de sua aplicação. Embora a primeira aponte para a segunda, são distintas, pois

⁸ HABERMAS *Apud* GÜNTHER, 2004, p.36.

⁹ MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p.242.

¹⁰ GÜNTHER, 2004, p.67.

¹¹ GÜNTHER, 2004, p.332ss.

¹² GÜNTHER, 2004, p.67.

os sinais característicos componentes do momento aplicativo são imprevisíveis e podem impor uma ação diferente.

Ilustrativamente, Günther retoma e atualiza o argumento sobre um possível direito de mentir, tornado clássico por Kant. Em uma universidade alemã durante o nazismo, um professor tem sua aula interrompida por um judeu fugitivo que lhe pede para escondê-lo debaixo de sua mesa. Logo depois, a Gestapo adentra a sala e pergunta onde está o foragido. É dado o dever moral de falar a verdade e não mentir, e é razoável exigir o cumprimento desse dever em circunstâncias normais (o dever de veracidade é fundamentável em “U”). Porém, o professor encontra-se em uma situação excepcional em que o cumprimento do dever pode levar a conseqüências extremamente nocivas (a execução de uma pessoa). Esta circunstância não prevista impede-o de não mentir.

Neste exemplo, a situação trouxe à baila um sinal característico que mudou o curso da ação e o alcance da norma. Destarte, para Günther, o discurso de aplicação é diferente daquele que fundamenta. Na aplicação, somente quando forem consideradas todas as circunstâncias de um caso se poderá avaliar com adequação (*Angemessenheit*) o padrão normativo. Há uma distinção, portanto, entre aplicar normas *sob circunstâncias que permanecem iguais* e aplicá-las *sob a consideração de todas as circunstâncias*. O resultado é a dicotomia, válida discursivamente, de normas *prima facie* e normas definitivas.

Toda norma fundamentada em “U” vale moralmente. Porém, de sua validade não decorre que eu devo agir segundo ela. Para Günther, isso se torna explícito ao pensarmos no exemplo anterior. Temos um dever genérico de não mentir, de ser veraz. Porém, em determinada circunstância mentimos e estamos justificados. Assim, há norma reguladora da conduta, mas ela não se aplicou ao caso. Ela não foi, portanto definitiva.

Atribuiríamos a uma norma, então, o status “definitivo” apenas porque a consideraríamos também adequada naquelas situações que pudéssemos controlar. Apenas por já termos examinado todas as circunstâncias relevantes, poderemos exigir a aplicação da norma, sem considerar as demais circunstâncias (irrelevantes)¹³.

Sua aplicação depende de argumentações que estabeleçam o alcance de sua abrangência semântica, descrevam todas as circunstâncias pertinentes, isto é, que

¹³ GÜNTHER, 2004, p.320.

envolvam interesses defensáveis por outras normas, e da decisão por sua adequação ao caso concreto.

Os elementos lógicos de tal argumentação são exemplificados por Günther com o seguinte caso¹⁴: Um sujeito encontra seu amigo, Smith, que o convida para uma festa em sua casa na noite seguinte. Ele responde ‘Sim, claro, vou à sua festa’. Entrementes, esse indivíduo fica sabendo que Jones, outro amigo seu, está passando por uma emergência difícil e precisa de ajuda. Qual deve ser seu curso de ação?

A norma que precisa ser justificada afirma: ‘Eu deveria ir agora à festa de Smith’. O dado relevante para essa norma é: ‘Eu disse ontem a Smith que hoje iria à sua festa’. A regra que dá apoio à passagem da descrição para a determinação da ação é ‘Promessas devem ser cumpridas’.

Em um discurso de aplicação, contudo, esses fatos por si só não determinam um curso de ação. Um oponente poderia contestar a relevância do compromisso que estabeleci com Smith para definir minha decisão. Seu ataque é possível em três frentes:

- 1) Ontem você não disse a Smith que iria à sua festa;
- 2) Aquilo que você respondeu à Smith não foi uma resposta confirmada, mas uma resposta casual de cortesia;
- 3) É verdade que você fez a Smith uma promessa, mas seu amigo Jones se encontra, no momento, em uma situação difícil.

Na primeira hipótese (1), meu oponente no discurso questiona a verdade das descrições que defendi para justificar minha ação. Esse questionamento sobre as ‘questões de fato’ precisa ser esclarecido por um discurso teórico que averigüe o que efetivamente ocorreu, de modo que não haja descrições divergentes. Esse é um dos pressupostos para uma descrição situacional completa.

Em 2), não se contesta a verdade da descrição, nem de que estas circunstâncias ensejariam a passagem da descrição para a ação. Contesta-se, isto sim, a concordância da descrição dos fatos na norma com a descrição situacional. Este tipo de problema é comum especialmente no Direito e é decidido com interpretações semânticas quanto ao alcance das expressões utilizadas na norma e na descrição dos fatos. Este alcance, contudo, é delimitado apenas na aplicação e não aprioristicamente: “Nesse caso, para a imparcialidade da aplicação da norma, será decisivo que todas as variantes de

¹⁴ Cf. 2004, p.335s.

significado sejam relacionadas com todos os sinais característicos da descrição da situação”¹⁵.

3) explicita o problema da adequação de forma mais contundente. Nele, a aplicação da norma ‘Promessas devem ser cumpridas’ é rebatida com base na incompletude da descrição situacional, o que acabaria por levar a uma decisão parcial e, portanto, inadequada. É o problema da colisão de normas. No caso, meu proponente denuncia uma situação não descrita por mim quando decidi pela regra, mas parte do quadro situacional.

A referência a um determinado sinal peculiar situacional é, portanto, nesse caso, também uma linha singular de argumentação carecedora de justificação. Com a afirmação de relevância especifica-se um sinal característico situacional (ou uma quantidade de sinais peculiares) com significância normativa, ou seja, ele é introduzido na quantidade de razões que justificam uma ação¹⁶.

Essa situação, este sinal característico, pede também pela aplicação de uma norma. Eu só poderei justificadamente optar por um curso de ação quando der conta das reivindicações simultâneas por parte dos elementos contextuais conflitantes. Preciso dar razões que afastem as demais pretensões, e por isso é mister a descrição completa da situação. Perante ela torna-se possível constatar o grau de justificação de uma decisão.

Com esta abordagem, “a argumentação de adequação chega até a razão prática”¹⁷, isto é, uma racionalidade vinculada ao contexto em que opera. A validade das normas em abstrato não é posta em questão, pois os contendores reconhecem sua normatividade. O discurso de aplicação admite e, até mesmo exige, a identificação das situações concretas como ordinárias ou excepcionais, dependendo dos sinais característicos relevantes segundo o princípio de imparcialidade¹⁸.

O passo seguinte envolve a resposta a esta questão: Em conflito de normas entre si, como ponderar entre elas? Qual o critério para dar prevalência a uma norma em detrimento das demais? Günther nega a passagem para a arbitrariedade, como se, ao dar-se conta de características relevantes adicionais caíssemos em um vazio sem racionalidade, incapaz de reconstruir a adequação das normas. Igualmente, não é o caso

¹⁵ GÜNTHER, 2004, p.342.

¹⁶ GÜNTHER, 2004, p.346.

¹⁷ GÜNTHER, 2004, p. 347.

¹⁸ GÜNTHER, 2004, p.348.

de retornar ao discurso de fundamentação, porque as normas só colidem em situações concretas, e não abstratamente¹⁹ e, dessa forma, nenhuma deixa de ser válida.

Não basta avaliar todos os aspectos relevantes de uma situação – e, portanto, ter conhecimento de todas as normas aplicáveis. É preciso um critério de decisão entre diferentes hipóteses normativas. Pressupor um critério material – como a maior importância relativa de uma norma frente à outra – seria negar, de partida, a exigência de discursividade, pois este critério deve ser, ele mesmo, objeto de justificação. Abandonando-se essa tentativa, tem de se encarar o problema de o critério também não poder ser dado formalmente. A utilização de padrões formais para determinar a adequação de normas implica em normas que rejam sobre outras, correndo-se o risco de regressão infinita ou dogmatismo²⁰.

Günther admite apenas um critério formal: dada a descrição integral da situação, a adequação de uma norma poderá ser estabelecida apenas pela sua compatibilidade, ou coerência discursivamente justificada, “com todas as demais normas e todas as variantes de significado aplicáveis em uma situação”²¹. Tal critério de coerência não é aplicável ao discurso de fundamentação, pois este se orienta pela potencial observância universal de uma regra, dadas as evidências disponíveis. Normas, portanto, não se fundamentam graças à sua coerência enquanto sistema, no que Günther se reconhece distinto de teorias coerentistas como a de John Rawls²². A harmonização resolve o problema da consideração de exceções no sistema de normas, já que o discurso de adequação é o âmbito propício para tal análise ao exigir a fundamentação das decisões com a consideração de todos os sinais característicos relevantes²³.

Tal é a estrutura do discurso de adequação na moral. Ao tratar do direito, Günther toma como pressuposto que a validade das normas jurídicas não é colocada em questão: o Direito é um caso especial de discurso justificativo²⁴. O problema enfrentado é a crescente complexidade da sociedade – com o aumento da especialização de funções – implicar no crescimento de situações de dupla contingência, i.e., os atores sociais criam expectativas quanto à ação dos outros, que é indeterminada e, portanto,

¹⁹ Exceto quando são logicamente contrárias. Cf. GÜNTHER, 2004, p.350.

²⁰ GÜNTHER, 2004, p.353.

²¹ Cf. 2004, p.354.

²² Exposta em obras como *Uma Teoria da Justiça* e *O Liberalismo Político*.

²³ GÜNTHER, 2004, p.357.

²⁴ DUTRA, 2006, p.25.

contingente. Para responder a essas expectativas, o direito desenvolve-se como sistema autônomo – firma-se como direito positivo²⁵.

Não obstante, as causas que impulsionaram a formação e estabelecimento do direito positivado não foram por ele estancadas. Situações imprevistas nas normas jurídicas surgem cotidianamente, alimentadas pela contingência característica da sociedade contemporânea. Normas jurídicas são indefinidas porque, aparte questões de interpretação, é impossível prever todas as circunstâncias nas quais ela será aplicada. É imperativa a utilização de discursos de aplicação das normas a fim de torná-las adequadas²⁶. Dutra, nesse sentido, destaca a crítica de Habermas a Günther: Este privilegiaria uma discursividade em busca de coerência que “se modifica ‘dependendo da constelação de características relevantes de um caso a ser decidido’, o que maltrata a segurança jurídica”²⁷.

Dessa forma, o direito enfrenta o duplo problema de que a exigência de decisões para resolver conflitos, harmonizando expectativas, faz-lhe 1) correr o risco de desvincular o discurso de adequação da razão prática característica, recaindo em uma mera análise de meios e fins personificada pela “razão de Estado” ou objetivos sociais; e 2) prejudicar a segurança jurídica almejada pela positivação das normas jurídicas.

Uma resposta possível para esta questão é que, para uma aplicação adequada das normas no direito é preciso instituições e procedimentos pré-estabelecidos reconhecidos publicamente, nos quais o discurso de adequação possa se dar de forma imparcial, isto é, respeitando os direitos subjetivos – caracterizadores dos indivíduos e fundamentados moralmente, sem os quais o direito perderia sua legitimidade –, mas também considerando o direito caso a caso pela figura do juiz, para que não se exerça justiça privada²⁸.

Nesse contexto, ele se aproxima de Dworkin e da ideia de integridade. Esta sintetiza a busca pela melhor justificação do direito. Para Guest²⁹, o ideal de integridade “significa, em resumo, que o direito deve ser sempre criado, ou interpretado, de maneira a formar um todo integral”. O juiz, ao analisar um caso concreto e, para Dworkin, especialmente os casos difíceis, resolve a indeterminação das regras jurídicas apelando para argumentos de princípios, os quais consubstanciam direitos – o principal destes

²⁵ GÜNTHER, 2004, p.371s.

²⁶ GÜNTHER, 2004, pp.390-396.

²⁷ DUTRA, 2006, p.26.

²⁸ GÜNTHER, 2004, p.367ss.

²⁹ Cf. 2010, p.45.

sendo o direito de igual consideração e respeito de todos os indivíduos. Argumentos principiológicos têm de ser harmonizados entre si, sopesados, a fim de que se possa encontrar o direito próprio à situação específica. A exigência de imparcialidade e justiça, presente no direito de igual consideração e respeito, determina que decisões devem ser coerentes entre si e aplicadas a situações semelhantes futuras, de modo tal que se adéquem a uma teoria política geral e justificada³⁰. O objetivo é a justificação ao alcançar a melhor interpretação possível do direito, que é uma interpretação moral sustentada pela exigência de igual consideração e respeito³¹.

Uma vez que, nesse método, colisões entre direitos e princípios são inevitáveis e até produzidos sistematicamente, só pode ser decisiva, a cada vez, aquela interpretação que for melhor (do que outras), aquela que conseguir formar o contexto de justificação coerente mais abrangente [...]³².

Para Günther, “a vantagem da teoria de Dworkin consiste em explicar a ideia de uma consideração imparcial de todos os sinais característicos relevantes de uma situação. Ela não se restringe à interpretação da lei”³³, mas fornece a esta sua melhor justificação. De fato, segundo Guest³⁴, a integridade “é a virtude fundamental na filosofia *jurídica* de Dworkin”, impondo a necessidade de uma visão única da justiça que personifique o ideal de fraternidade implícito na comunidade política.

Sob o imperativo da integridade, portanto, impõe-se que todos os elementos partícipes da decisão, sejam lei, jurisprudência ou doutrina, possam ser justificados em um contexto abrangente que, ao fim, engloba a própria comunidade política e faz dela uma sociedade de direitos³⁵. O juiz não deve decidir arbitrariamente nem criar novos direitos, mas descobrir os direitos implícitos nas circunstâncias e na comunidade. Ao final, integridade pode ser vista como

[...] um princípio para argumentações de adequação. Nelas, as condições sociais de reconhecimento se destacam porque a rede de pequenos direitos é aplicada em cada caso de modo igual. A caracterização, por Dworkin, dos princípios [...] coloca a aplicação de leis, juízos antecipados e a dogmática sob o pleito de esgotar todos os aspectos de um caso que puderem ser interpretados à luz de princípios³⁶.

³⁰ DWORKIN, 1999.

³¹ GUEST, 2010, p.16s.

³² GÜNTHER, 2004, p.411.

³³ GÜNTHER, 2004, p. 405.

³⁴ Cf. 2006, p.46.

³⁵ DWORKIN, 1999.

³⁶ GÜNTHER, 2004, p.414.

Ao reconstruir o conceito de integridade sob a perspectiva do discurso de adequação, deve-se compreendê-la, primeiramente, como uma expressão da exigência de imparcialidade – tratando os indivíduos com igual consideração e respeito. Em segundo lugar, como uma formulação coerentista e intersubjetiva do direito, que só adquire consistência ao levar em conta a comunidade política na qual se aplica³⁷.

II. Regras e princípios em Dworkin, a dicotomia casos fáceis / difíceis e a resposta de Günther.

Dworkin, ao combater o positivismo conforme expresso na teoria de Hart – especialmente o problema da discricionariedade judicial que, em sua interpretação, pode incorrer em arbitrariedade e na aplicação de direitos *ad hoc* – identifica na prática jurídica o uso de dois tipos distintos de padrões normativos: regras e princípios³⁸. Regras caracterizam-se por valer ou não valer, em uma relação de tudo ou nada. Por exemplo, a regra que impõe o limite de velocidade em 50km/h. O enunciado completo de uma regra, portanto, deve conter todas as exceções à sua aplicação e, quando surgem conflitos, uma regra será válida e a outra não com base em algum critério pré-estabelecido (como o da preferência da regra mais nova sobre a mais antiga). A importância das regras é funcional, isto é, relativa ao papel que desempenham no sistema (determinadas regras estruturam o sistema e, por isso, funcionalmente são mais relevantes). Entretanto, enquanto partes do mesmo sistema, têm o mesmo peso. Elas relacionam-se com os princípios, pois refletem aqueles que estão implícitos no sistema jurídico, dando a este a forma que tem³⁹.

Princípios, segundo Dworkin, são logicamente distintos: não deixam de valer por não se aplicarem a um caso específico, até mesmo porque não apresentam consequências como parte de sua formulação nem estabelecem as condições para sua aplicação. Logo, espera-se encontrar, para cada princípio, inúmeros contraexemplos que não são possíveis de abarcar mediante o uso de um enunciado mais abrangente. E isso não implica a alteração de sua formulação. Princípios têm peso, importância, e não

³⁷ GÜNTHER, 2004, p.412s.

³⁸ *Lato senso*. A categoria geral subdivide-se em princípios propriamente ditos – estabelecendo uma exigência de justiça ou equidade baseada em direitos jurídicos – e políticas – definidoras de objetivos a serem alcançados pela comunidade (DWORKIN, 2005, p.36). Trabalharemos, assim como Dworkin, com a definição ampla, especificando quando necessário.

³⁹ DWORKIN, 2007, p.39ss;p.121s.

deixam de valer quando conflitam uns com os outros. São, ao contrário, ponderados entre si, assumindo o papel de conduzir a argumentação em determinada direção⁴⁰.

A distinção, porém, não se apresenta totalmente clara. Dworkin reconhece que a forma de princípios e regras podem ser semelhantes, de modo que uma determinada proposição normativa (como o artigo constitucional estadunidense que veda ao legislador criar restrições ao direito de liberdade de expressão) pode ser tanto regra quanto princípio, admitindo ou não exceções, dependendo da interpretação. Ademais, há casos em que regras apresentam funções semelhantes a princípios graças à inclusão de conceitos abertos em suas estruturas. Por exemplo, uma regra que proíba determinadas práticas não-razoáveis depende muito, para sua aplicação, do sentido que se dá a esta expressão, e isso é estabelecido mediante princípios. Nestes casos, de acordo com Dworkin, as normas funcionam logicamente como regras, mas substantivamente como princípios⁴¹. A identificação de uma norma como regra ou princípio fica dependente do contexto de aplicação, “ao conjunto das instituições da prática de determinada comunidade jurídica”⁴².

Os problemas dessa dicotomia não são poucos e foram bastante ressaltados por vários críticos. Dworkin investiu bastante fôlego em apresentar respostas que sustentassem sua formulação. Günther também, ao distinguir entre discurso de fundamentação e de aplicação, opera uma modificação no entendimento de princípios e regras que acaba por mitigar essa separação. Robert Alexy⁴³ desenvolveu a teoria de Dworkin, formulando as seguintes definições de princípios e regras. Princípios são entendidos como

[...] mandamentos de otimização [que] dispõem, eles mesmos, de uma estrutura aberta e capaz de adaptação que possibilita relacioná-los com as condições factuais de determinada situação (descrições da realidade factual) e com todas as demais regras e princípios aplicáveis nesta situação⁴⁴.

Nesse sentido, sua aplicação seria mediata. Valeriam *prima facie* ao prescrever a realização de um estado de coisas na maior medida possível⁴⁵. Regras, diferentemente, teriam aplicação definitiva e imediata. Valem ou não valem.

Entretanto, ao afirmar que toda aplicação bem fundada de uma norma depende de um discurso de adequação que relacione essa norma às circunstâncias relevantes

⁴⁰ DWORKIN, 2007, p.41s, 120.

⁴¹ DWORKIN, 2007, p.44s.

⁴² MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p.249.

⁴³ *Apud* GÜNTHER, 2004.

⁴⁴ GÜNTHER, 2004, p.351.

⁴⁵ MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p.250.

particulares da situação e afaste as pretensões normativas concorrentes, Günther afasta esse entendimento. Regras não podem ser compreendidas como valendo no tudo ou nada, pois toda norma precisa ser justificada – assim, logicamente, princípios e regras tem a mesma estrutura. A única compreensão ainda cabível, sob essa perspectiva, entende que, no caso de regras, os juízos de adequação são afastados por restrições pré-determinadas pelas instituições políticas. O discurso de aplicação, assim, deve se dar em outro foro, como o Legislativo⁴⁶. Em uma sociedade erigida sob a justificação da igual consideração e respeito de todos os cidadãos, todavia, nenhum caso pode ser afastado de apreciação pelo Poder Judiciário. Logo, a dicotomia perde muito de seu valor explicativo.

Princípios são particularmente relevantes em casos difíceis, compreendidos por Dworkin como aqueles em que não há regra aplicável, ou em que a aplicação da regra seria imoral⁴⁷. Em outra descrição, casos “controversos” são aqueles em que mesmo “juristas competentes” se dividem quanto a qual decisão é exigida⁴⁸. Nestes casos, é imperativo encontrar uma solução baseada em direitos, e não contingencial. Tal solução encontra apoio nos princípios (*stricto sensu*). Dworkin concentrou grandes esforços na apresentação de seu entendimento de casos difíceis, defendendo que uma justificação moral do direito não deve dar espaço à arbitrariedade implícita na ideia de poder discricionário⁴⁹. É interessante observar que ele em nenhum momento dedicou-se com a mesma gravidade à definição do conceito oposto. Casos fáceis seriam aqueles em que a compreensão da regra é clara e sua aplicação não enseja problemas. Em *Uma Questão de Princípio*⁵⁰, Dworkin entende por caso fácil aqueles em que o direito a vencer do queixoso é estabelecido sem controvérsias pela doutrina.

Günther concorda com Dworkin ao negar um sistema jurídico arbitrário, e encontra na ideia de integridade um padrão de coerência e moralidade que julga apto para fugir daquele problema. Porém, é preciso notar que a teoria de Günther supera a dicotomia casos difíceis/fáceis.

Se aceitarmos o discurso de adequação como fundamental para a justificação completa de uma norma em um caso concreto, de modo que a descrição completa de todas as circunstâncias relevantes é pré-requisito para a aplicação, logo, impõe-se a

⁴⁶ GÜNTHER, 2004, p.314ss.

⁴⁷ GUEST, 2010.

⁴⁸ DWORKIN, 2007, p.127; 2005, p.109.

⁴⁹ DWORKIN, 1999; 2005; 2007.

⁵⁰ Cf. 2005.

exigência de uma análise cuidadosa de todos os casos que se apresentem aos participantes do discurso (em especial, os juízes). Assim, não é possível admitir a ideia de casos fáceis, pois nenhuma regra tem aplicação antecipadamente clara. A realidade social pode sempre apresentar novidades às ponderações normativas. Resta, como dever moral e jurídico, especialmente para os juízes e tribunais, considerar todo caso como difícil.

Referências Bibliográficas:

DUTRA, Delamar José Volpato. A Teoria Discursiva da Aplicação do Direito: O modelo de Habermas. In: **Veritas**. Vol. 51, n.1. Porto Alegre, março 2006. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/1880/1401>. Acesso em: 06 jul. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora toda. (Campus jurídico), 2010.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HARE, Richard. **A Linguagem da Moral**. São Paulo: Martins Editora, 1996.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. A Contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. In: **Revista Direito GV**. Vol. 2, n. 1. pp.241-254, jan.-jun. 2006. Disponível em: http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RDGV_03_p241_254.pdf. Acesso em: 06 jul. 2011.