



PESQ-191.PDF-
R. Enten D. Tado
10. 2
2005

REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO TRIBUTÁRIO – ABRADT

Diretores
Misabel Abreu Machado Derzi
Igor Mauler Santiago



Del Rey

REPRODUÇÃO PROIBIDA

Rev Inter. de Dir Tribut	Belo Horizonte	v 3	jan /jun.	2005
--------------------------	----------------	-----	-----------	------

permanent agent having an authority to conclude contracts, he would be deemed in respect of this particular activity to be a permanent establishment. The reference to the particular activity that gives rise to a PE would therefore exclude any other activity carried out by the agent that do not give rise to a PE. Probably, the OECD could take into account also this aspect when drafting the changes to the OECD Commentary.

Finally, it is worth mentioning that other issues should also be taken into consideration. The author refers in particular to the interaction between the OECD Authorized Approach and EC law on the one hand and treaties that follow the UN Model on the other. As regards EC law, the principle of freedom of establishment and the way it has been so far interpreted by the ECJ could have a bearing in this respect. As regards treaties that follow the UN Model, it should be considered that probably the OECD Authorized Approach would not be applicable, due to the fact these treaties expressly deny the recognition of certain intra-company payments.²⁵

²⁵ See Art. 7(3) of the UN Income and Capital Model Convention, 2001.

Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos*

ROBERT AILEY

SUMÁRIO: I Três Teses. 1. A Tese da Otimização. 2. A Lei de Colisão. 3. A Lei da Poderação. II Duas Objeções. 1. Estrutura dos Princípios e Aplicação da Norma. 2. Comandos de Otimização.

Resumo:

O autor oferece um esboço de sua tese de que princípios jurídicos são comandos de otimização. Ele apresenta esta tese como um esforço para assimilar a estrutura do sopesamento ou ponderação, e para fornecer uma base para o princípio da proporcionalidade tal como é aplicado no Direito Constitucional. Com isto assentado, ele então enfrenta alguns dos problemas que vieram a ser associados à tese da otimização. Primeiro ele examina a objeção de que não há isso de princípios, mas apenas diferentes modos de aplicação das normas. Segundo, ele discute problemas concernentes ao conceito de um comando de otimização e o caráter de “*dever ser*” contido nos princípios. Ele concluiu que a distinção entre comandos para otimizar e comandos para serem otimizados é o melhor método para compreender a natureza dos princípios.

* Eu gostaria de agradecer Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson pela ajuda e conselho nas questões do estilo do Inglês. Tradução de Fernando Alves Gomes e Luiz Gonzaga Guimarães e Garcia de Carvalho. Reprinted by permission of Blackwell Publishers Ltd. from *Ratio Juris*, Vol. 13, No 3, September 2000 (294-304).

A distinção entre regras e princípios já tinha sido amplamente considerada na Alemanha por Josef Esser durante a década de 50, embora com uma terminologia levemente diferente (Esser 1974). Na Áustria, Walter Wilburg antecipara grandes desenvolvimentos na sua teoria dos sistemas flexíveis, na década de 40 (Wilburg 1941; 1951; 1963)¹. Em todo caso, foi o grande desafio de Ronald Dworkin à versão do positivismo de H.L.A. Hart, inicialmente em "The Model of Rules", que marcou o início de uma ampla discussão. Durante as últimas 3 décadas, a distinção entre regras e princípios, incluindo suas implicações para a metodologia jurídica, o conceito de sistema jurídico, a relação entre o direito e a moral, e a dogmática jurídica – especialmente aquela dos direitos fundamentais – têm sido objeto de um grande número de estudos em parte muito detalhados. Surgiram duas posições principais. Uma é a de que os princípios expressam a idéia de otimização. Ela pode ser sucintamente expressa na fórmula segundo a qual os princípios são comandos de otimização, sendo essa característica a representação da principal distinção entre princípios e regras. Chamemos essa posição de "teoria dos princípios". A outra posição é menos uniforme. Mas há uma opinião de consenso, de acordo com a qual a tese da otimização ou é errônea, ou em alguma medida tem seu poder de explicação muito exagerado.

O número e a variedade de posições contrárias é tal que eu não posso discuti-las todas aqui. Em vez disso, eu considerarei apenas umas poucas objeções concernentes à estrutura dos princípios como normas. Primeiramente, entretanto, eu farei um esboço das três principais teses da teoria dos princípios, que delinham o centro da controvérsia.

1. TRÊS TESES

1. A Tese da Otimização

De acordo com a definição padrão da teoria dos princípios (Alexy 1996, p. 75 e ss.), os princípios são normas que determinam que algo seja realizado no mais alto grau que seja efetiva e juridicamente possível. Os princípios são, portanto, *comandos de otimização*. Eles podem ser cumpridos em diferentes graus. O grau obrigatório de cumprimento depende não apenas dos fatos concretos, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras contrabalançados (by

¹ Para uma comparação da teoria dos princípios com a doutrina dos elementos de Wilburg, cf. Michael 1997, pág. 105 e ss.

countervailing principles and rules). Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida ela requer que se faça exatamente o que ela exige, nada mais e nada menos. As regras, portanto, contêm uma decisão situada no campo das possibilidades concretas e jurídicas. Elas são *comandos definitivos*. Isso significa que a diferença entre as regras e os princípios é qualitativa, e não apenas de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio (Alexy 1996, 77 e ss.; 1995, 203).

2. A Lei de Colisão

A diferença entre regras e princípios emerge mais claramente quando se volta a atenção para as colisões de princípios e os conflitos de regras. As colisões de princípios e os conflitos de regras compartilham a característica de que duas normas, quando aplicadas separadamente, levam a resultados incompatíveis, quer dizer, a dois julgamentos de "dever-ser" específicos ou concretos que se contradizem. Mas eles diferem mais fundamentalmente nas suas respectivas soluções para o conflito.

a) Conflitos de Regras

Um conflito entre duas regras só pode ser resolvido ou através da introdução de uma cláusula de exceção em uma delas, ou pela declaração da invalidade de pelo menos uma das duas. Um exemplo da primeira seria uma regulamentação escolar que proíbe que se deixe a sala de aula antes do sinal, mas requer que se faça justamente isso no caso de um alarme de incêndio. Esse conflito é resolvido facilmente, a saber, pela introdução, no caso de um alarme de incêndio, de uma exceção na proibição de sair da sala de aula antes do sinal. Se tal solução estiver fora de alcance, a única possibilidade restante é declarar inválida pelo menos uma das regras. Essa é a principal idéia de regras de colisão tais como "lex posterior derogat legi priori", lex superior derogat legi inferiori", e "a lei Federal afastará a lei Estadual" (art. 31 da Lei Fundamental Alemã, GG).

b) Colisões de Princípios

Uma colisão de princípios é resolvida de uma forma completamente diferente. Um exemplo é uma decisão da Corte Constitucional Federal Alemã relativa à incapacidade de estar presente às sessões de um processo judicial (Decisões da Corte Constitucional Federal, *BverfGE* vol. 51, 324). Esta

decisão enfrenta a questão acerca de se uma audiência de julgamento pode ser realizada no caso de um acusado que corresse o risco de sofrer um derrame ou um ataque do coração devido ao stress do julgamento. As normas em colisão são, por um lado, o art. 2, par. 2 s. 1 da GG, que garante a todos o direito à vida e a inviolabilidade do corpo, e por outro o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*), na medida em que ele obriga o Estado a promover um sistema funcional de justiça criminal. Se existisse apenas o direito fundamental, a condução do julgamento poderia ser facilmente classificada como proibida, devido ao perigo que correria a vida e a saúde do acusado. Se, vice-versa, a única obrigação a existir fosse a de o Estado prover um sistema funcional de justiça criminal, a realização do julgamento seria classificada, sem dificuldades, ou como obrigatória, ou pelo menos como permitida. Com efeito, a corte poderia ter solucionado o caso tanto declarando inválido o direito fundamental quanto fazendo o mesmo em relação ao princípio do Estado de Direito, na medida em que este inclui a obrigação de prover um sistema funcional de justiça criminal. Neste caso, a corte teria tratado a colisão como um conflito de regras, solucionando-o em termos de validade. É óbvio, no entanto, que nem a invalidação do direito fundamental à vida e à inviolabilidade do corpo, nem a invalidação do princípio de um sistema funcional de justiça criminal, como sub-princípio do princípio do Estado de Direito, são opções plausíveis aqui. A segunda possibilidade de solucionar um conflito de regras, isto é, a introdução de uma exceção, também falha em compreender o que deve ser feito neste caso. O direito fundamental à vida e à inviolabilidade do corpo não conta como uma exceção ao princípio do sistema funcional de justiça criminal, nem este último conta como uma exceção ao direito à vida e à inviolabilidade do corpo. Em vez disso, a corte soluciona o problema determinando uma prioridade condicional de um dos princípios em colisão sobre o outro, atendendo às circunstâncias do caso. O direito fundamental à vida e à inviolabilidade do corpo terá prioridade sobre o princípio do sistema funcional de justiça criminal, compreendido como um sub-princípio do princípio do Estado de Direito, quando "houver um perigo claro e específico de que o acusado perca sua vida ou sofra sérios danos corporais caso o julgamento seja realizado" (*BverfGE*, vol. 51, 234, 346). Sob tais condições, o direito fundamental tem maior peso, e portanto tem prioridade; sob condições diferentes, o oposto pode muito bem ser o caso.

A prioridade do direito fundamental implica que seus efeitos jurídicos são obrigatórios. O preenchimento das condições de prioridade traz à tona os efeitos jurídicos deste princípio. Isto pode ser formulado com uma *lei de colisão* geral.

Segundo ela, as condições sob as quais um princípio assume prioridade sobre um outro constituem os fatos operativos de uma regra que dá efeito jurídico ao princípio considerado prioritário.²

Uma versão mais técnica é a seguinte:

Se o princípio P_1 assume prioridade sobre o princípio P_2 sob condições C : (P_1, P_2) C , e se P_1 sob as condições C implica um efeito jurídico R , então uma regra é válida se inclui C como fatos operativos e R como efeito jurídico: $C \supset R$. (Alexy 1996, 83)

A lei de colisão expressa o fato de que as relações de prioridade entre os princípios de um sistema não são absolutas, mas apenas condicionais ou relativas. A tarefa da otimização é determinar relações de prioridade condicional corretas. O fato de que a determinação de uma relação de prioridade condicional, de acordo com a lei de colisão, é sempre a determinação de uma regra formada em vista do caso, demonstra que os respectivos níveis dos princípios e das regras não estão de maneira alguma desconectados. Resolver um caso por ponderação é decidir por meio de uma regra substanciada na atribuição de prioridade ao princípio que tem precedência. Neste sentido, os princípios são, necessariamente, razões para as regras.

3. A Lei da Poderação

O significado prático da teoria dos princípios na forma da tese da otimização é encontrado sobretudo em sua equivalência ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). A teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios (Alexy, 1996, 100 e ss.). O fato de que a teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade significa que os três sub-princípios nele contidos – o princípio da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito – são suas conseqüências lógicas, e por esta razão são dela dedutíveis de modo estrito. O mesmo é válido se partimos desde o outro lado da relação de equivalência, a saber, de que o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios. Portanto, quem rejeita a teoria dos princípios precisa rejeitar o princípio da proporcionalidade também. A discussão em torno da teoria dos princípios pode, portanto, ser vista como reflexo da discussão em torno do princípio da proporcionalidade.

² Esta formulação da lei de colisão diz respeito ao caso em que o efeito jurídico do princípio prioritário é aplicado de forma integral. Se ele não é aplicado de forma integral, então são necessárias modificações na fórmula. Vide Alexy, 1996, 83, nota 42.

As implicações do princípio da proporcionalidade se voltam para a definição do conceito de princípio. Princípios como comandos de otimização exigem a realização tanto quanto seja possível, relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Uma relativização na direção das possibilidades reais conduz aos princípios da adequação e da necessidade. Imaginemos uma medida M , que invada a liberdade de comércio, ocupação ou profissão (P_1), a fim de promover a proteção dos consumidores (P_2), mas que não é apropriada para a promoção de P_2 de qualquer modo que seja. É possível abandonar M sem causar danos à P_2 , proteção do consumidor. A otimização de P_1 e P_2 exige, então, que M não seja usada. Este é exatamente o conteúdo do princípio da adequação. O princípio da necessidade diz que uma medida M_1 é proibida em relação a P_1 e P_2 , se há uma medida M_2 , alternativa, que promova P_2 aproximadamente tão bem quanto M_1 , mas invada menos intensamente P_1 . Assumamos que P_2 significa, novamente, proteção do consumidor, particularmente proteção do consumidor contra a compra de produtos que eles de fato não desejam. Assumamos também que M_1 é uma proibição absoluta de produtos que pareçam chocolate mas não sejam chocolate. M_2 significa, neste caso, a obrigação de designar claramente a natureza do produto. Esta obrigação, chamada (M_2), invade obviamente menos intensamente a liberdade de comércio, ocupação ou profissão (P_1) do que uma proibição absoluta (M_1), e serve à proteção do consumidor mais ou menos tão bem quanto; desta forma, a proibição absoluta (M_1) é proibida em relação a P_1 e P_2 como um meio desnecessário (*BVerfGE*, vol 53, p. 135, 145 e ss.).

Os princípios da adequação e da necessidade originam-se da obrigação de uma realização tão extensa quanto possível relativamente às possibilidades reais. Elas expressam a idéia de “otimidade” de Pareto (Pareto-optimality). O princípio da proporcionalidade em sentido estrito origina-se da obrigação de uma realização tão extensa quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas, isto é, relativamente, no geral, a princípios que se contrabalançam. Aqui nós estamos tratando de balanceamento ou sopesamento num sentido estrito e verdadeiro. Isto é necessário sempre que o cumprimento de um princípio conduza ao não cumprimento de outro, portanto sempre que um princípio somente seja realizável à custa de outro. Para este tipo de caso, a seguinte *lei de ponderação* pode ser formulada:

Quanto mais intensa interferência em um princípio, mais importante é a realização do outro princípio (Alexy, 1996, p. 146).

Os problemas que se ligam a esta fórmula são os principais tópicos da discussão concernente à questão de se a ponderação é um procedimento racional.

II. DUAS OBJEÇÕES

A ponderação e a lei de colisão são tentativas de descrever a idéia central da teoria dos princípios, isto é, a tese da otimização, de forma mais precisa. Esta tese afirma que princípios são normas que, devido à sua estrutura, são fundamentalmente distintas das regras. Numerosos argumentos têm sido aduzidos contra este posicionamento. Dois são discutidos aqui.

1. Estrutura dos Princípios e Aplicação da Norma

Uma crítica “normoteórica” radical nos faria crer que princípios não existem de modo algum; ao contrário, apenas as normas existem, embora normas que são usadas de diferentes formas. Klaus Günter, assim, assegura que a diferença entre regras e princípios não é uma diferença na estrutura, mas meramente um “tipo diferente de uso”. Quer “nós tratemos uma norma como regra, usando-a sem considerar as desigualdades características da situação, quer nós tratemos uma norma como um princípio, considerando todos os fatos (reais e jurídicos)” (Gunter, 1988, p. 270), é uma questão de “condições da ação” (Gunter, 1988, p. 273) ou de “condições do diálogo” (Gunter, 1988, pág. 270)³. Nos sistemas jurídicos, as condições do diálogo e da ação são institucionais por natureza. A separação de poderes e o governo das leis (rule of law) exigem que as decisões do legislador sejam tratadas como regras e que as exceções sejam admitidas apenas em casos especiais.

O coração da crítica de Gunter é a tese de que, independentemente do quadro institucional, pode-se “dirigir a afirmação de que uma norma seja usada relativamente às possibilidades fáticas e normativas (jurídicas) presentes numa situação, [...] a qualquer norma que seja (Gunter, 1988, p. 272). Isto é verdadeiro, mas não consegue apontar para o ponto decisivo. Por “uso relativo às possibilidades fáticas e normativas (jurídicas) presentes numa situação” Günther entende a “consideração de todas as circunstâncias” (Gunter, 1988, p. 272). Considerar algo, entretanto, é diferente de otimização. Isto é demonstrado pelo fato de que a consideração de todas as circunstâncias é também possível usando-se normas que podem ou ser cumpridas, ou não, ao passo que a otimização requer que sejamos capazes de cumprir uma norma em maior ou menor extensão. Enquanto a otimização implica a consideração de todas as circunstâncias, a consideração de todas as circunstâncias não implica

³ Stelzer (1991, pág. 215) argumenta ao longo de algumas linhas, conetudo “que ‘regra’ e ‘princípio’ caracterizam, em última instância, o uso argumentativo das normas”

a otimização. É este ponto que esclarece porque a crítica de Günther não consegue chegar ao essencial – a otimização em si mesma.

O cumprimento gradual não é a única razão para a construção de princípios em termos de estrutura de normas. Apenas a teoria dos princípios pode explicar porque uma norma, posta de lado numa decisão de balanceamento, não é nem violada, nem parcialmente ou totalmente tornada inválida⁴. A idéia da otimização é necessária para compreendermos a dimensão do peso no caso de uma norma, em contraste com sua validade. Isto tem inúmeras conseqüências na dogmática jurídica. Uma teoria adequada dos limites de um direito, por exemplo, não é possível sem a teoria dos princípios (Alexy, 1996, p. 249 e ss.).

Pode-se assegurar que Günther está correto quando nos diz que há casos nos quais não é fácil decidir se uma norma deveria ser tratada como uma regra ou como um princípio (Günther, 1988, p. 272). Esta é uma questão de interpretação e, como é comum com a interpretação, não há critérios que forneçam respostas claras e simples em todos os casos. Mas esta não é uma objeção à questão de que “princípio” expressa uma característica da estrutura normativa. A própria questão de se uma norma é uma regra ou um princípio pressupõe que normas *qua* princípios sejam entes possíveis.

2. Comandos de Otimização

a) Comandos para otimizar e comandos para serem otimizados.

A discussão de objeção da “normoteórica” de Günther mostrou que a distinção entre regras e princípios é geralmente dependente do caráter dos princípios como comandos para otimizar. Aulis Aarnio e Jan-Reinard Sieckmann levantaram a objeção de que o conceito de um comando para otimizar é mal-ajustado para a distinção entre regras e princípios. De acordo com a definição padrão exposta acima, princípios são comandos de otimização, isto é, comandos para otimizar, porque eles impõem a obrigação de que algo seja realizado no mais alto grau que seja fática e juridicamente possível. Esta obrigação tem, de fato, um caráter definitivo. Ela só pode ou ser, ou não ser cumprida, e seu completo cumprimento é sempre obrigatório (Sieckman, 1990, 65). Aarnio coloca esse ponto assim: “Ou otimiza-se, ou não otimiza-se. Por exemplo, no caso de conflito entre dois princípios de

⁴ Habermas (1998, pág. 429) levantou-se contra a tese da otimização objetando que ela não pode levar em conta o caso no qual “um direito pode produzir outro direito, sem perda da validade, quando os dois sucedem ao conflito”. Precisamente o oposto é o caso.

valor, os princípios precisam ser reunidos de um modo ótimo, e tão somente de um modo ótimo.” (Aarnio, 1990, 187). Comandos de otimização têm, portanto, estrutura de regras.

Isto não quer dizer que a teoria dos princípios, no que toca a tese da otimização, entre em colapso; isto lhe dá um foco mais nítido. Deve-se fazer uma distinção entre *comandos para serem otimizados* e *comandos para otimizar*. Comandos para serem otimizados são os objetos da ponderação ou sopesamento. Eles podem ser denominados “o ‘dever-ser’ ideal” ou “ideais” (Alexy, 1995, p. 203 e ss.). Um “dever-ser” ideal é algo que deve ser otimizado, e desse modo transformado num “dever-ser” real (Alexy, 1995, p. 204). Como objeto da otimização, ele é colocado no nível objetivo. Contrariamente, os comandos para otimizar, isto é, os comandos de otimização, são colocados num meta-nível. Neste nível, eles determinam o que deve ser feito com aquilo que se encontra no nível objetivo. Eles impõem a obrigação de que seus conteúdos, os comandos para serem otimizados, sejam realizados na maior extensão possível. Como comandos de otimização eles não devem ser otimizados, mas preenchidos pela otimização.

Os princípios, portanto, como conteúdo da ponderação, não são comandos de otimização mas, ao contrário, comandos para serem otimizados. Como tal, eles compreendem um “dever-ser” ideal que não está ainda relativizado às possibilidades fáticas e jurídicas. A despeito disso, é útil falar-se sobre princípios como comandos de otimização ou obrigações. Falar desta forma expressa de um modo completamente direto a natureza dos princípios. Ao se dizer o que deve ser *feito* com os princípios, diz-se tudo que importante do ponto de vista da prática jurídica. Este aspecto prático recebe o apoio de uma consideração teórica. Há uma conexão necessária entre o “dever-ser” ideal, isto é, o princípio enquanto tal, e o comando de otimização enquanto regra. O “dever-ser” ideal implica o comando de otimização e *vice-versa*. São dois lados de uma mesma moeda. A questão de “se o comando para sopesar, que necessariamente acompanha um princípio, está ‘dentro’ ou ‘fora’ do significado deste princípio”, assim formulada por Peczenik (1989, p. 78), pode ser respondida apontando-se que o comando de otimização está compreendido no conceito de princípio. Aboli-lo significaria que o princípio perdera seu caráter de princípio. Peczenick acresce que a questão de se os princípios deveriam ou não ser chamados de “comandos de otimização” não tem conseqüências substanciais para a filosofia moral ou jurídica (Peczenick, 1989, p. 78). Tudo isso parece demonstrar ser aconselhável, por razões de simplicidade, designar princípios como “comandos de otimização” e empregar distinções precisas apenas onde seja necessário.

b) Obrigações de validade reiterada

Pode-se bem pensar que nada disto leva a clareza no que tange a estrutura dos princípios. Certamente se sabe que eles devem ser otimizados e, portanto, que eles são comandos ou obrigações para serem otimizados, mas não se sabe nada sobre a natureza de seja o que for que deva ser otimizado. Sieckman tenta responder essa questão com sua teoria das obrigações de validade reiterada. Seu ponto de partida é a distinção entre três tipos de sentenças: (1) formulações normativas, (2) sentenças de validade, e (3) obrigações de validade (Sieckman, 1997, p. 352). Formulações normativas, ou sentenças normativas (Alexy 1996, p. 42) expressam normas semanticamente, isto é, normas como simples conteúdo de significado, sem dizer nada sobre sua validade. Aqui a forma básica pode ser representada com a ajuda do operador de obrigação "O" (É obrigatório...) e a letra "p" significando o que é obrigatório. Por exemplo, "Op" pode expressar: "É obrigatório devolver a coisa". Ao invés de "Op", podemos inserir um simples "n" para representar as formulações ou sentenças normativas. Sentenças de validade ou sentenças de validade normativa (*norm-validity sentences*) (Alexy, 1996, pág. 51) têm um conteúdo mais abrangente que as formulações normativas. Elas representam normas não apenas semanticamente, mas também expressam que essas normas são válidas. Usando o predicado de validade "V", elas podem ser representadas como "VOp" ou, mais simplesmente, como "Vn"⁵. Por fim, obrigações de validade são obrigações que expressam que uma norma específica (n) deve (O) ser válida (V), o que pode ser expresso por "OVn". Uma vez feitas estas distinções, surge a questão: Como, empregando este mecanismo, os princípios são mais bem representados? É fácil ver que a primeira alternativa deve ser eliminada. Um princípio deve ser mais que simplesmente uma norma no sentido semântico, isto é, um mero conteúdo normativo (n), se queremos apreender sua função como uma razão na ponderação ou sopesamento. Por isso, ele precisa, de um modo ou outro, ter validade (Sieckman, 1994, p. 209). Poderíamos supor que isto pode ser obtido atrelando-se à sentença normativa "n" o predicado de validade "V", o que implicaria a classificação dos princípios como "Vn", a segunda das alternativas colocadas acima. De acordo com Sieckman, entretanto, é precisamente isto que não é permitido. Sentenças de validade, isto é, sentenças com a forma "Vn" expressam o que Sieckman chama de "declarações normativas". Quem profere tal sentença dá expressão a um pressuposto

⁵ No seguimento a forma simples é usada. Por "n" pode-se sempre substituir pelo "Op"

sobre a validade definitiva de uma norma (Sieckman, 1997, p. 351). Se os princípios tivessem validade definitiva, eles não se prestariam a e nem teriam necessidade de ponderação, e, portanto, não seriam princípios de forma alguma.

Pode-se indagar se é realmente obrigatório reservar predicados de validade como "V" apenas para a validade definitiva. Há a possibilidade de se introduzirem diferentes predicados de validade – por exemplo, um para a validade definitiva e outro para a validade *prima facie*. Nada em nossa linguagem normativa exclui tal possibilidade; a linguagem é suficientemente flexível para dar expressão às diferentes forças de diferentes espécies de validade. O cerne do esforço de Sieckman, entretanto, é obstruir esse mesmo caminho. Se se o escolhe, o problema relativo ao poder argumentativo dos princípios seria ocultado sem ser analisado em um predicado de validade específico. Visto de uma perspectiva analítica, a interpretação dos princípios como obrigações de validade reiteradas se mostra superior a isto.

Se o predicado de validade "V" for compreendido somente no sentido de validade definitiva, surge um dilema entre a primeira e a segunda alternativas, que representam o ponto de partida da tese das obrigações de validade reiteradas. Sentenças normativas simples do tipo "n" ou "Op" não são suficientes para representar a força argumentativa dos princípios. Elas tão somente expressam normas como o conteúdo do pensamento *desprovidas* de validade. Qualquer um poderia apresentar uma norma, assim entendida. Esta alternativa é, portanto, muito fraca. Por outro lado, sentenças de validade do tipo "Vn" ou "VOp" são fortes demais. Isto é de fato o caso onde o predicado de validade "V", como estipula Sieckman, deve ser reservado apenas para a validade definitiva. Princípios, no fim das contas, são o oposto de obrigações definidas.

De acordo com Sieckman, a solução para o dilema reside na terceira alternativa, isto é, na interpretação dos princípios como obrigações de validade. Os problemas, entretanto, afloram imediatamente. De acordo com Sieckman, obrigações de validade possuem a forma de "OVn". Aquilo que inicia-se com "O", e não "V", não é nada mais que uma norma em sentido semântico, e, portanto, um mero conteúdo do pensamento sem validade, e isto seria verdadeiro mesmo se o pensamento se referisse à validade. E não adianta aqui inserir-se outro "V" antes do "O", pois isto emprestaria ao pensamento, inicialmente muito fraco, a força de validade definida. Sieckman, portanto, tem que encontrar um caminho entre o "O" fraco demais e o "V" forte demais – ele deve sim, em alguma medida, se é que deseja permanecer dentro das coordenadas de seus elementos "n", "V" e "O". Diz-se

que este meio termo pode ser encontrado na conexão entre “O” e “V”, a saber, numa conexão infinitamente reiterativa. A verdadeira forma lógica do princípio é, portanto, expressa como “...OVOVn” (Sieckman, 1997, p. 352).

Agora pode-se perguntar: é esta uma resposta para a questão sobre em que resultam os princípios, que vai além do que nós já sabemos? Por certo, diz-se claramente o que os princípios não são. Eles não podem ser nem definitivamente válidos, nem normas não-obrigatórias. Mas isso não é novidade. Apenas uma resposta positiva teria real importância. A tese das obrigações de validade reiterada nos oferece uma resposta positiva, mas tão somente de um modo muito limitado. A reiteração ilustra o problema de um modo interessante, mas não o resolve. É interessante pois as duas coisas que os princípios não podem ser são conectadas por reiterações infinitas, de modo que ocorre entre elas uma oscilação contínua. “Vn” diz que “n”, por exemplo, uma sentença normativa de forma “Op”, é válida definitivamente. Isto é demais. “OVn” enfraquece isso radicalmente. Ela é apenas uma norma sem validade que aparece no mundo como o mero pensamento de uma norma. Isto é pouco demais. “VOVn” supera esta insuficiência, mas vai além do objetivo, pois a validade definitiva – e isto, de acordo com Sieckman, é o que “V” significa – excede aquilo que pode ser afirmado de um princípio. Portanto, “O” precisa ser imediatamente, uma vez mais, entornado como água no fogo, e o jogo continua indefinidamente, pois o fogo apagado precisa ser reacesso de pronto, *ad infinitum*. Parece que a tese da reiteração descreve de um modo relativamente complicado a noção de que os princípios se localizam em algum lugar entre a validade definitiva e a não-obrigação.

Uma posição diferente estaria logo à mão se fosse possível explicar, apelando-se à reiteração, as distinções características dos princípios que não poderiam ser explicados sem ela. Este, entretanto, não é o caso. Sieckman considera os princípios como obrigações de validade, isto é, como obrigações que expressam que normas específicas devem ser válidas, fato que pode ser expressado por “OVn”. Ao proceder assim, ele dá à reiteração infinita da forma “... OVOVn” uma certa prioridade sobre a forma “...VOVOVn”. Isto, entretanto, não é nada evidente, e não decorre da hipótese da infinidade, pois a hipótese fala em favor de um equilíbrio entre a validade (V) e o “dever-ser” (O). Como pode um operador obrigacional (O), que se coloca à frente do predicado de validade (V), e que portanto não inclui a validade, fundamentar a validade? A resposta de Sieckman é simples. Graças à reiteração infinita, não há operador obrigacional (O) colocado sozinho, à frente de um predicado de validade (V), pois antes de cada operador obrigacional há sempre um predicado de validade que também não está isolado – e isto em

razão de que ele é imediatamente ligado a um operador obrigacional. Talvez se tenha que imaginar que tudo isto ocorre a um só tempo. Nada disto, entretanto, serve como uma explicação do caráter dos princípios. Essa questão, de fato, não é abrangida nem pelo predicado de validade, nem por algum operador deontico, mas é deixada indefinida entre “V” e “O”. No fim das contas, não se afirma nada além de que o poder argumentativo dos princípios deve ser encontrado em algum lugar entre a validade definitiva e a não-obrigação.

Mesmo assim, a tentativa de Sieckman de entender o caráter dos princípios com a ajuda da tese da reiteração não é sem valor. Ela merece atenção como um esmerado esforço para compreender a natureza dos princípios por meio da lógica deontica clássica e de um predicado de validade binário. Entretanto, nada do que se diz relativamente a isso altera o fato de que não há, no presente, nenhuma explicação sobre em que os princípios resultam que seja mais promissora que sua interpretação como obrigações para serem otimizadas, em que isto corresponde a obrigações para otimizar. Esta construção parece ser a melhor expressão da idéia de um “dever-ser” ideal e de validade ideal.