

Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas

Análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy

Thomas da Rosa de Bustamante

Sumário

1. Introdução. 2. Princípios e otimização em Robert Alexy. 3. A argumentação jurídica como *discurso de aplicação* e as críticas de Günther e Habermas à teoria dos princípios. 4. A réplica de Alexy e a adequação da sua teoria dos princípios à dogmática jurídica contemporânea.

1. Introdução

Busca-se no presente trabalho analisar até que ponto as objeções formuladas por Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy conseguem comprometer o conceito de *princípio jurídico* como *mandado de otimização*, correntemente utilizado para, com a máxima da proporcionalidade, resolver o problema da colisão entre direitos fundamentais.

Analisa-se, também, a viabilidade de se compreender o discurso jurídico como um *discurso de aplicação* de normas válidas, como propõem Günther (2004) e Habermas (2005), bem como as conseqüências práticas dessa concepção para a teoria da argumentação jurídica em geral.

O trabalho se acha dividido da seguinte maneira: na seção 2, resumem-se as principais teses da teoria dos princípios de Alexy (1993, 1997a, 1997b, 1999, 2003a, 2003b), buscando compreender o sentido da *otimização* de princípios jurídicos e o caráter ideal de tal espécie de normas; em seguida, na seção 3, voltam-se as atenções para a distinção entre *justificação* e *aplicação* de normas

Thomas da Rosa de Bustamante é Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora, Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Advogado.

jurídicas e morais (GÜNTHER, 2004), bem como para a crítica segundo a qual Alexy (2003a), ao definir os princípios como *mandados de otimização*, ou seja, como *ótimos de Pareto*, comprometeria o seu caráter deontológico, à custa de sua força normativa e da controlabilidade racional das ponderações jurídicas; na seção 4, finalmente, analisa-se a resposta de Alexy a ambas objeções, com o intuito de verificar se elas são ou não suficientes para afastar a aplicação do modelo alexyano às colisões de direitos fundamentais em geral.

2. Princípios e otimização em Robert Alexy

Alexy adota um conceito semântico de norma jurídica que, em muitos aspectos, se aproxima do de Hans Kelsen. Assim como Kelsen, Alexy (1997b, p. 50) diferencia *norma* – conteúdo de sentido de uma prescrição ou dever-ser – de *enunciados normativos* – que materializam lingüisticamente as normas estabelecidas pelas autoridades competentes – chegando à seguinte conclusão: “uma norma é o significado de um enunciado normativo”, é aquilo que um enunciado normativo expressa. Como o próprio Alexy (1997b, p. 50) salienta, Kelsen (2003), com a expressão *norma*, “designa que algo deve ser ou suceder, especialmente que uma pessoa deve se comportar de uma determinada maneira”, de modo que, excluídos os elementos voluntaristas presentes na concepção kelseniana – segundo os quais uma norma seria um “ato de vontade” –, há uma significativa proximidade entre as duas concepções.

No entanto, Alexy se afasta de Kelsen quanto ao caráter necessariamente hipotético de todas as normas jurídicas (KELSEN, 2001), pois, ao lado das regras jurídicas, que contêm *determinações* e, por conseguinte, “só podem ser cumpridas ou não” – de modo que “se uma regra é válida, então deve se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos” –, existe uma outra classe de normas, os princípios, que “ordenam que

algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (ALEXY, 1997b, p. 86-87).

Apenas as primeiras – regras – teriam um caráter hipotético-condicional – de modo a permitir a *subsunção* de comportamentos em sua hipótese de incidência –, uma vez que os princípios possuiriam um *caráter ideal* que implicaria a possibilidade de eles serem cumpridos “em diferentes graus”, o que permitira que eles fossem definidos como *mandados de otimização*, “que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também das jurídicas” (ALEXY, 1997b, p. 86-87).

Como consequência dessa distinção lógico-estrutural, os *conflitos de regras* e as *colisões de princípios* são solucionados de maneiras diferentes. No caso das regras, ou se insere numa delas uma “cláusula de exceção” – que elimine o conflito – ou então se declara a invalidade de, pelo menos, uma delas. Para Alexy (1997b, p. 88), o conflito entre regras se opera no nível da validade jurídica, que não é gradual. Uma norma só pode valer ou não valer juridicamente. Quando uma regra possui validade e é aplicável a um caso, isso significa que valem também suas consequências jurídicas, tendo em vista que as regras constituem *razões definitivas**.

No caso de colisão de princípios, um deles deve ceder ao outro, porém sem que o princípio afastado seja declarado inválido ou tenha de ser criada uma cláusula de exceção. Diante de algumas circunstâncias, prevalece o princípio jurídico P_1 ; noutros casos, poderá vir a prevalecer o princípio P_2 . Os conflitos entre princípios não se dão na dimensão da validade, mas na dimensão do peso. Eventual colisão entre dois princípios jurídicos há de ser resolvida pela

* Essa conclusão é, contudo, temperada em certas passagens da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy (1997, p. 98-103), quando se atribui também às regras um certo caráter *prima facie*, embora distinto do dos princípios.

via do estabelecimento de certas “condições de prioridade” entre princípios. Estes se aplicam pelo método da *ponderação*, mediante o qual se verifica o peso dos princípios em conflito, sendo que do resultado de tal procedimento se obtém uma *regra* construída a partir da otimização dos princípios em jogo. Fala-se, portanto, numa *Lei de Colisão* que pode ser enunciada da seguinte forma: “as condições diante das quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente” (ALEXY, 1997b, p. 94).

Como se nota, adscribe-se sempre uma *regra* de cada ponderação de princípios, à qual se podem subsumir os fatos que estão sendo discutidos em cada caso concreto. Essa regra, obviamente, deve conter as *condições de prioridade* – do caso concreto – entre os princípios em disputa, de modo que, a cada nova ponderação – e especificação de novas condições de prioridade –, desenvolve-se cada vez mais um *sistema de prioridades prima facie* entre os princípios jurídicos em disputa.

De acordo com Alexy (2001, p. 675), os direitos fundamentais “têm a estrutura de mandados de otimização”, o que o leva a colocar o princípio da proporcionalidade “no centro da dogmática dos direitos fundamentais”. Essa máxima jurídico-metodológica estaria, nessa perspectiva, implícita na própria definição de “princípio”, de modo que, onde quer que exista um sistema de princípios jurídicos, ela deveria ser aplicada. Seus dois primeiros subprincípios – da *adequação* e da *necessidade* – referem-se à “otimização relacionada àquilo que é faticamente possível” (ALEXY, 2003a, p. 135), ao passo que o terceiro subprincípio – da *proporcionalidade em sentido estrito* – refere-se à *ponderação*, a qual compreende a otimização em função das *possibilidades jurídicas* de cada caso.

“O princípio da adequação exclui a adoção de medidas que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer outro princípio ou a finalidade

para a qual foi adotado” (ALEXY, 2003a, p. 135), sendo expressão da idéia de *ótimo de Pareto*: “uma posição pode ser aprimorada sem detrimento para outra”.

O mesmo se aplica, também, ao princípio da necessidade. “Esse princípio exige que, entre dois meios para se promover P¹, que sejam, em linhas gerais, igualmente eficazes, seja escolhido aquele que interfira menos em P²” (ALEXY, 2003a, p. 135). Assim, se existir um meio igualmente adequado e que interfira menos em um princípio, “uma posição pode ser aprimorada sem custo para a outra”.

A proporcionalidade em sentido estrito, por seu turno, refere-se à “otimização relativa às possibilidades jurídicas” ou, mais especificamente, à ponderação de princípios, possuindo conteúdo idêntico a uma regra de argumentação que Alexy denominou “lei de ponderação”. Eis o seu teor: “quanto maior o grau de não satisfação, ou interferência de um princípio, maior deve ser a importância em se satisfazer o outro” (ALEXY, 2003a, p. 136). A colisão de princípios seria, portanto, resolvida com fundamento em um *juízo sobre a importância* de cada um dos princípios concorrentes no caso concreto.

Esse juízo sobre a importância de cada um dos princípios poderia ser decomposto em pelo menos três estágios: o primeiro seria uma questão de se estabelecer o grau de não satisfação, ou interferência, no primeiro princípio (P¹); o segundo, um juízo sobre a importância de se satisfazer o princípio colidente (P²); e, finalmente, o terceiro responderia à questão sobre se a satisfação do princípio P² é ou não suficientemente importante para justificar a restrição em P¹. Cada uma das duas primeiras dimensões poderia ser classificada de acordo com uma escala triádica, segundo os estágios “leve”, “moderada” e “séria”, de modo que uma interferência *leve* em um princípio (P¹) poderia, pelo menos *prima facie*, ser justificada caso as razões para a satisfação de outro princípio (P²) fossem consideradas *sérias*.

A grande questão deste trabalho, que permeia em aberto, é a seguinte: *pode ser elaborada uma justificação racional para a ponderação de princípios, no sentido de Robert Alexy?* Como veremos, Günther (1995; 2004) e Habermas (2005) acreditam que não. A seguir, mostrar-se-á por quê.

3. A argumentação jurídica como discurso de aplicação e as críticas de Günther e Habermas à teoria dos princípios

O ponto nuclear da crítica de Habermas (2005) ao modelo elaborado por Robert Alexy para a colisão de direitos fundamentais – o qual os concebe como princípios que, por causa do *caráter ideal* e da dimensão de peso ou importância que os caracteriza, devem ser ponderados segundo a máxima da proporcionalidade – está na definição de princípios como *mandados de otimização*.

Ao definir dessa maneira os princípios, Alexy estaria atribuindo a tal espécie de normas uma estrutura teleológica que “desvaneceria o sentido deontológico de sua validade” (HABERMAS, 2005, p. 278). Com efeito, Habermas, com fundamento na distinção entre princípios e *policies* – elaborada por Ronald Dworkin (1968) –, vislumbra um *momento de incondicionalidade* para as pretensões jurídicas individuais fundadas em princípios, as quais exigiriam que os direitos subjetivos – fundados nesses mesmos princípios – fossem compreendidos como “*trunfos* em uma espécie de jogo em que os indivíduos defendem suas pretensões justificadas frente ao risco de vê-las sobrepujadas por fins coletivos” (HABERMAS, 2005, p. 273).

Esse caráter teleológico transformaria os princípios de normas em valores, de modo que a validade originariamente incondicional que os caracterizaria seria substituída por uma incontável relação de simples preferência, segundo parâmetros que não poderiam ser universalizáveis e nem muito menos controláveis racionalmente.

Para Habermas (2005, p. 328),

“as normas obrigam a seus destinatários sem exceção e por igual a praticar um comportamento, ao passo que os valores devem ser entendidos apenas como preferências intersubjetivamente compartilhadas (...). As normas se apresentam com uma *pretensão binária de validade* e são ou bem válidas ou inválidas; frente aos enunciados normativos, assim como frente aos enunciados assertóricos, só podemos tomar postura com um ‘sim’ ou um ‘não’, ou então nos abstermos de julgar.”

Nos valores, por sua vez, essa codificação binária estaria ausente das suas pretensões de validade, eis que eles poderiam ser realizados de forma meramente *gradual* ou aproximativa, o que os tornaria vinculantes apenas de forma relativa, e não absoluta, como aconteceria nas normas de modo geral (HABERMAS, 2005, p. 328).

Em vista desse caráter deontológico – que está ausente nos valores –, as normas nos diriam o que é *obrigatório* fazer, ao passo que os valores nos informariam apenas o que é melhor ou “recomendável”. Ademais – e esse é um dos pontos mais importantes da crítica – as normas demandariam que se adotasse sempre a solução *correta*, o que implica que a ação exigida por elas seja “boa para todos e por igual”, e não apenas *para nós* ou para um determinado âmbito cultural (HABERMAS, 2005, p. 328).

Essa crítica, se for considerada pertinente, fere de morte a teoria dos princípios de Alexy, pois retira do raciocínio com princípios um elemento que, segundo seu próprio autor, é uma característica essencial de todo ato de produção ou aplicação do direito: a *pretensão de correção* – no sentido de “*correção moral* ou *substancial*”.

De acordo com Habermas, “as normas e princípios, em virtude do sentido deontológico de sua validade, podem pretender uma *obrigatoriedade geral* e não uma *preferibilidade particular* ou *especial*”, possuindo uma

capacidade de justificação – em termos universais – muito maior que os valores. Esses, por seu turno, haveriam de ser “postos caso a caso em uma relação ou ordem transitiva com os demais valores”, sem com que haja critérios racionais para estabelecer ou controlar as posições ou hierarquias que se estabelecem entre eles. Como afirma Habermas (2005, p. 332), “para isso [ou seja, para estabelecer essa relação ou ordem transitiva] faltam critérios racionais”, razão pela qual “a ponderação ou sopesamento de valores se efetua ou bem de forma discricionária e arbitrária, ou bem de forma não reflexiva, quer dizer, conforme *standards* ou hierarquias a que se está acostumado”.

Assim, a solução para se levar a sério o caráter deontológico dos princípios, longe de concebê-los como mandados de otimização e submetê-los ao crivo do princípio da proporcionalidade, seria subtraí-los de uma “análise de custo-benefício”, visualizando-os como mandamentos absolutos e binariamente codificados, cujas eventuais colisões haveriam de ser resolvidas por meio de um *discurso de aplicação* pautado pelo *princípio da universalidade* (GÜNTHER, 2004; HABERMAS, 2005, p. 333).

Ao propor tal solução, Habermas (2005) expressamente remete o leitor à tese de Klaus Günther sobre os *discursos de aplicação* no direito e na moral, que pretende fornecer um método para a superação de colisões de normas cuja validade se toma como pressuposta, embora ambas não possam ser seguidas pelo mesmo destinatário e ao mesmo tempo.

Diferentemente de Alexy, para Günther (2004, p. 39) “o reconhecimento de que não há norma que não contenha referência situacional alguma, por mais tênue que seja, é indiscutível”, de modo que “qualquer norma moral [ou jurídica] se caracteriza por ser ‘impregnada de caso’”.

Todas as normas teriam a mesma estrutura hipotético-condicional, o mesmo código binário – retratado na formulação condicional do tipo *se, então* – e, portanto, as mesmas propriedades lógicas e deontológicas.

O que haveria, na realidade, não seria normas que possuem uma estrutura diferente ou um caráter *prima facie* mais ou menos acentuado – de um lado os *princípios*, mandados de otimização, de outro as *regras*, mandados definitivos –, mas diferentes *situações de aplicação* das mesmas normas. Para Günther (2004, p. 314-315), o que haveria seriam diferentes *comportamentos de colisão*, de modo que “a distinção entre regras e princípios diz respeito menos à estrutura das normas do que à sua aplicação em situações concretas, nas quais a aplicação imparcial de normas demanda a consideração de todos os sinais característicos”.

Em vez de dizer “há normas do tipo *regra*” e “há normas do tipo *princípio*”, sendo que os conflitos entre as primeiras são resolvidos na dimensão da validade – que é invariável – e as colisões entre os últimos são resolvidas na dimensão de peso – que é gradual –, Günther prefere concluir que, no primeiro caso, há um *comportamento colisivo* na dimensão da *fundamentação* da *validade* das normas jurídicas – ou, como diz Günther, há uma “colisão interna” – ao passo que no segundo há um *comportamento colisivo* na dimensão da *aplicação* das normas, consideradas todas as características do caso concreto – ou, simplesmente, uma “colisão externa”.

Subjaz a essa idéia a distinção entre *justificação* e *aplicação* de normas morais e jurídicas. No primeiro caso – discursos de justificação –, está em jogo o reconhecimento da *validade* de cada norma, de modo que o discurso se volta para a generalizabilidade e universalizabilidade das normas em questão. Um discurso de justificação em que se verifique uma *colisão* diz respeito a normas que não podem ser generalizadas ao mesmo tempo, ou seja, que simplesmente não podem subsistir no mesmo sistema e simultaneamente (GÜNTHER, 1995).

No segundo caso – discurso de aplicação –, não há qualquer disputa acerca da validade ou pertinência de uma norma a um dado sistema de referências, mas a *aplica-*

ção imparcial dessas mesmas normas a uma dada situação concreta, consideradas todas as circunstâncias e características do caso.

Günther (1995; 2004) reconhece, desde o início, a impossibilidade de existir uma “norma perfeita” capaz de prever, abstratamente, todas as suas hipóteses de aplicação, de sorte que o discurso de justificação das normas em geral se processa mediante certas condições de limitação decorrentes da incapacidade geral de se prever – de antemão – todas as situações em que a norma deverá ser aplicada e, eventualmente, excepcionada. Por conseguinte, remete-se para um momento posterior – o da atual aplicação da norma às hipóteses abstratamente reguladas por ela – o debate sobre a sua adequação ao contexto fático e jurídico sobre o qual vai incidir.

Elabora-se, assim, uma versão frágil do princípio “U” de Habermas, que pode ser expressa da seguinte maneira: “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” (GÜNTHER, 2004, p. 67). Essa versão “frágil” do princípio da universalidade – habermasiana – tem a peculiar característica de inserir em “U” as variáveis do momento atual e do estágio de conhecimento em que se processa o discurso de justificação das normas jurídicas e morais em geral. Noutros termos, “só serão consideradas [na justificação da validade das normas] as conseqüências e os efeitos colaterais [da sua aceitação] que previsivelmente resultarem da observância geral da norma. Com isso, ‘U’ ostenta um indício que faz com que sua aplicação fique condicionada ao estado do conhecimento presente no momento” (GÜNTHER, 2004, p. 66).

Como expressamente salienta Günther (2004, p. 68), nessa “versão mais fraca de ‘U’, desistimos, por antecipação, da intenção de saber exatamente, para cada situação na qual uma norma seja aplicável, que características situacionais seriam relevan-

tes para os interesses de todos os afetados”, de modo que o discurso sobre a justificação das normas em geral encerra-se com as informações que estiverem disponíveis no momento do seu reconhecimento.

Assim, deixa-se para um momento posterior a tarefa de determinar exatamente cada uma das situações em que as normas jurídicas válidas devem ser aplicadas, de acordo com o contexto temporal e cognitivo da aplicação dessas normas. Por conseguinte, Günther vê o discurso jurídico não apenas como um “caso especial do discurso prático” – como faz Alexy (1997a) –, mas como um “caso especial do discurso prático de aplicação” (GÜNTHER, 1995) que tem como referência precípua não a validade de uma norma, mas a sua situação de aplicação adequada segundo um princípio de coerência que se assemelha, em linhas gerais, à idéia de integridade no sentido de Ronald Dworkin (1968).

Para sintetizar todo esse procedimento em uma fórmula simples, pode-se dizer que esses “discursos de aplicação combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação, uma norma é aplicada” (GÜNTHER, 2004, p. 79).

Esse procedimento, de resolução dos casos de comportamento colisivo de normas com base em um discurso de aplicação regulado pelo princípio “U”, é aceito por Günther (1995; 2004) e Habermas (2005) como um modelo mais racional que o de Alexy para a dogmática dos direitos fundamentais. Passa-se agora, porém, a analisar a razoabilidade dessas objeções.

4. A réplica de Alexy e a adequação da sua teoria dos princípios à dogmática jurídica contemporânea

Cabe agora responder à pergunta: as objeções de Habermas (2005) e Günther (1995; 2004) desmontam o modelo dos princípios concebido por Alexy? Ou, com maior precisão, pode-se perguntar: entender os

princípios como mandados de otimização desmonta o seu caráter deontológico e, nesse sentido, normativo? A ponderação é um procedimento que pode ser justificado de forma racional?

Para responder adequadamente a esses questionamentos, cumpre, antes de tudo, revisar algumas das respostas que o próprio Alexy já forneceu às críticas mencionadas na seção anterior, bem como refletir sobre as conseqüências de se aceitar ou não as objeções de Habermas (2005) e Günther (1995; 2004), como se passa a fazer nos parágrafos que se seguem.

1) Inicialmente, cumpre considerar a réplica de Alexy (2003b, p. 104-105) à objeção de Günther segundo a qual “não existiriam princípios, senão normas que se aplicam de diferentes maneiras”; para Günther, a distinção entre regras e princípios não radicaria na estrutura das normas, mas em um “diferente modo de tratamento” que o aplicador do direito daria às normas em questão, uma vez “consideradas todas as circunstâncias” (fáticas e jurídicas) de uma situação de aplicação.

Argumenta Alexy (2003b, p. 105) que essa “consideração de todas as circunstâncias do caso”, proposta por Günther (1995; 2004), é nitidamente distinta da “otimização”. Em linhas gerais, sustenta Alexy (2003b, p. 105) que

“a consideração de todas as circunstâncias do caso também é possível na aplicação de normas que podem ser cumpridas ou descumpridas [e não só na argumentação por princípios], ao passo que a otimização pressupõe uma norma que pode ser cumprida em diferentes graus. É bem certo que a otimização implica a consideração de todas as circunstâncias, mas a consideração de todas as circunstâncias não implica a otimização, de modo que aparece com clareza cardeal que a crítica de Günther (1995; 2004) se equivoca no objeto que pretende atacar: a otimização”.

A idéia de otimização permanece intacta uma vez que em nada se opõe à aplicação imparcial das normas jurídicas válidas nem à consideração de todas as circunstâncias do caso nos discursos de adequação, sendo na verdade um problema diverso do enfrentado por Günther (1995; 2004). Bem entendida, a otimização é nada mais do que uma conseqüência natural da “possibilidade de cumprimento gradual” que emana da “dimensão de peso” dos princípios jurídicos, sendo útil e necessária para explicar a possibilidade de *restrição* de direitos fundamentais diante de possibilidades fáticas e jurídicas.

2) Ademais, mesmo reconhecendo, como se deve fazer, a razoabilidade da distinção teórica entre os conceitos de justificação – reconhecimento/fundamentação da *validade* de uma norma – e aplicação – sua utilização adequada, com referência a uma situação concreta –, ou seja, mesmo admitindo a diferenciação analítica desses dois conceitos, daí não se pode inferir que o *discurso jurídico* possa prescindir de algum desses dois momentos, ou, como quer Günther (1995; 2004), que a atividade central dos juristas volta-se para os “discursos de aplicação”, e não para os de “justificação”.

Pelo contrário, um exemplo utilizado pelo próprio Günther, mas retomado por Alexy (1993), desmente essa hipótese; com efeito, imaginemos que uma norma N¹, segundo a qual “deve-se cumprir as promessas que se tenha feito a um amigo”, e outra norma N², que estabelece o “dever de ajudar pessoas doentes que necessitem de assistência”, entrem em conflito em um caso concreto: eu prometo a Smith eu irei à sua festa, mas Jones, caído doente, me pede para lhe prestar assistência.

Em um caso como esse, são necessárias “novas interpretações” das situações factuais, que levam à “mudança, modificação ou revisão” do conteúdo semântico das normas em questão (ALEXY, 1993, p. 163; GÜNTHER, 2004, p. 79).

Para que seja possível uma aplicação adequada (coerente) do sistema normativo,

é necessário, como salienta Alexy (1993, p. 163), *modificar* uma das normas, que, em tese, poderia ser utilizada para a solução do caso; no exemplo, pode-se estabelecer a norma N^1_k , cujo conteúdo seria: “alguém que tenha prometido fazer uma coisa tem a obrigação de fazê-la, exceto se, posteriormente, descobrir que um amigo em dificuldades necessita de ajuda ao mesmo tempo” (ALEXY, 1993, p. 164).

No entanto, ao examinarmos com precisão, veremos que N^1_k revela um “conteúdo normativo adicional em relação a N^1 e N^2 ” (ALEXY, 1993, p. 165). Como se vê, para a aplicação adequada de N^1 , com referência a N^2 , é necessário criar uma *nova norma concreta* (N^1_k), a qual, também, necessita ser *justificada* (ALEXY, 1993, p. 165); portanto, ao contrário do que diz Günther, os discursos de aplicação necessariamente incluem, também, discursos de justificação.

Sintetizando esse raciocínio, “o fato de qualquer discurso de aplicação necessariamente incluir um discurso de justificação, do qual o resultado do primeiro dependa, proíbe contrapor discursos de aplicação e discursos de justificação, como duas formas distintas de discurso” (ALEXY, 1993, p. 169).

Por outro lado, mesmo na aplicação de *normas isoladas* (fora dos conflitos como os narrados acima), antes dos discursos de justificação de normas jurídicas – ou seja, do resgate discursivo da validade dessas normas –, não é correto dizer que existam normas em sentido próprio, mas meras expectativas normativas geradas pelos textos jurídicos ainda carentes de interpretação. Assim, se o debate jurídico fosse reduzido aos discursos de aplicação de normas jurídicas válidas, como quer Günther, seriam negligenciados tanto os processos de interpretação das normas escritas em geral quanto a questão da análise da própria constitucionalidade de cada enunciado normativo particular, pois essas questões acabariam sendo jogadas *para fora* do “discurso jurídico”.

É provável, portanto, que as “diferenças de comportamento” a que se refere Günther

(1995; 2004) – quando fala em “colisões internas” e “colisões externas” – sejam na verdade “diferentes interpretações” do mesmo texto, e não “diferentes aplicações” da mesma norma.

3) Já quanto às objeções de Habermas (2004), Alexy questiona inicialmente a premissa habermasiana de que todas as normas necessariamente devam ter um *caráter absoluto*, sendo essa característica constitutiva do próprio conceito de norma. Argumenta Alexy (2003b, p. 125) que

“A terceira propriedade deste conceito forte do caráter deontológico, segundo a qual o devido é absoluto e universal de tal modo que pretende ser bom para todos em igual medida, apresenta problemas quando se trata de normas jurídicas. Como o próprio Habermas enfatiza, as normas jurídicas, diferentemente das normas morais, ‘em geral não estabelecem o que é bom para todos os homens; elas regulam a vida em comum dos cidadãos em uma comunidade jurídica concreta’. Então elas não podem ser normas, caso se siga o conceito estrito de caráter deontológico.”

Essa passagem, por si só, já demonstra que é um exagero criticar a teoria de Alexy unicamente pelo fato de os princípios não serem passíveis de universalização incondicional “para todos em igual medida”, pois um tal caráter absoluto é simplesmente *inexigível para qualquer norma jurídica*.

Ademais, se todas as normas tivessem necessariamente um *código binário* tão forte que, “frente aos enunciados normativos”, nós só pudéssemos adotar uma postura de um “sim” ou um “não”, como propõe Habermas (2005), não faria muito sentido um *discurso de aplicação* com poderes tão amplos para o aplicador do direito quanto o proposto por Günther (1995; 2004) e encampado pelo próprio Habermas.

Adicione-se, também, embora Alexy não tenha expressamente adotado essa linha de argumentação, que, do ponto de vista práti-

co, faz muito pouca diferença definir princípios como *mandados de otimização* – e, assim, permitir juízos ponderados sobre o grau de aplicação dessas normas nos casos concretos – ou adotar a posição de Habermas (2005) e sustentar que todas as normas jurídicas possuem uma estrutura binária, mas podem ter sua aplicação afastada com fundamento em um *discurso de aplicação* baseado na idéia de coerência. Nos dois casos, há *juízos e avaliações* muito semelhantes, sendo que as “escolhas” e “preferências” do intérprete influem sobre o resultado de forma muito parecida, sendo no mínimo ingênuo imaginar que num dos casos possa haver algum tipo de “preferência” ou “escolha” que esteja ausente no outro. Bem entendidas as coisas, o que importa na hora de optar por uma das duas vertentes teóricas é a capacidade de fundamentação que cada uma delas é capaz de fornecer, e nesse ponto a teoria de Alexy parece apresentar importantes vantagens, haja vista que as regras da razão prática às quais a ponderação está vinculada (ALEXY, 1997a; 1997b) fornecem critérios de verificação da racionalidade das decisões mais abrangentes e seguros que os propostos por Günther (1995; 2004) para o discurso de aplicação. Com efeito, sua teoria possui um leque limitado de regras de argumentação para fiscalizar as decisões jurídicas em geral, pois acaba circunscrita ao princípio “U” – que também está indiscutivelmente incorporado à teoria da argumentação jurídica de Alexy – e a uma concepção de coerência que possui caráter excessivamente fluido e subjetivo.

4) Finalmente, ao contrário do que imaginara Habermas, Alexy (2003a, p. 136-140; 2003b, p. 127-137) consegue demonstrar por exemplos que sua concepção de *otimização* não é incompatível com a pretensão de *correção* ilocucionariamente pressuposta em todos os atos de produção e aplicação do direito. Alexy chegou a formular dois exemplos para tanto, valendo mencionar aqui pelo menos o primeiro. Alexy (2003a, p. 136) se refere, neste exemplo, a uma decisão da

Corte Constitucional Alemã acerca dos avisos de saúde que a lei obrigatoriamente exige sejam colocados nas embalagens de cigarros às expensas dos produtores. Na ocasião, decidiu a corte que a colocação de avisos acerca da nocividade do tabaco seria uma interferência *leve* na liberdade de exercício de qualquer atividade econômica, ao passo que, por outro lado, um completo banimento de todos os produtos do tabaco poderia constituir uma interferência *séria* no mesmo princípio. Da mesma forma, ao analisar as razões que justificavam a interferência, a corte entendeu que os riscos à saúde que resultam do ato de fumar são altos, de modo que as razões que justificavam a interferência no princípio da liberdade de exercício de atividade econômica eram *fortes*. Assim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito – que estabelece uma escala triádica para medir a intensidade de interferência em um princípio e o grau de satisfação do outro, segundo o parâmetro “leve”, “médio” e “intenso” – impõe a conclusão de que a exigência de impressão dos avisos nas embalagens de produtos derivados do tabaco estava permitida pelos princípios constitucionais em questão.

Como se percebe, a questão de saber se a ponderação é ou não compatível com a pretensão de correção intrinsecamente pressuposta em todos os contextos institucionais de produção do direito depende unicamente de se admitir a possibilidade de juízos corretos acerca dos graus de interferência e satisfação dos princípios em rota de colisão. Ora, ao contrário do que sustenta Habermas (2005), nada está a indicar a impossibilidade de se formularem juízos racionalmente fundamentados acerca do grau de interferência nos aludidos princípios constitucionais, em especial se se vincular, como faz Alexy, o processo de ponderação a uma teoria da argumentação jurídica capaz de fornecer parâmetros para avaliar a racionalidade desses juízos. Habermas parece, assim, não deixar claro por que seria, *a priori*, impossível um procedimento racional de

justificação – pautado pelo próprio princípio “U”, além de outras regras de argumentação – para justificar juízos e interpretações sobre a intensidade de cumprimento dos princípios colidentes.

Mutatis mutandis, é de se esperar um mínimo de eficiência da racionalidade prática, a fim de permitir que se possa falar em uma justificação dos resultados da ponderação segundo parâmetros procedimentais tais como os fornecidos pelo código da razão prática de Alexy, os quais se espraiam por todos os juízos e valorações que, inevitavelmente, têm lugar na prática jurídica cotidiana.

Conclui-se, portanto, que a construção teórica dos direitos fundamentais como “princípios” deve ser mantida, haja vista sua funcionalidade para a prática jurídica e a possibilidade de – assim como em qualquer terreno sobre o qual uma teoria da argumentação se debruce, para o fim de formular standards para aferir a racionalidade da decisão encontrada – justificar os resultados da ponderação a partir de parâmetros fornecidos pela própria racionalidade prática.

Referências

ALEXY, Robert. Justification and application of norms. *Ratio Juris*, Oxford-Malden, v. 6, n. 2, p. 157-170, 1993.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997a.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997b.

_____. My philosophy of law: the institutionalization of reason. In: WITGENS, L. (Ed.). *The law in philosophical perspectives*. Dordrecht; Boston; London: Kluwer, 1999.

_____. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, Oxford-Malden, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003a.

_____. Sobre la estructura de los principios jurídicos. In: ALEXY, R. *Tres escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Carlos B. Pullido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003b.

ATIENZA, M. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 24, p. 671-687, 2001.

DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules?. In: SUMMERS, Robert (Ed.). *Essays in legal philosophy*. Berkeley: University of California Press, 1968.

GÜNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para la teoría de la argumentación jurídica. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

_____. *Teoría da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

KELSEN, Hans. Causalidade e imputação. In: _____. *O que é justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2001.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2003.