

NOTAS SOBRE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UM DIÁLOGO ENTRE ROBERT ALEXY E KLAUS GÜNTHER

Leonardo A. de Andrade Barbosa¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Ponderação como método de solução de colisões entre direitos fundamentais; 3 Klaus Günther: a argumentação de adequabilidade: 3.1 O conceito normativo de coerência e a distinção entre discursos de justificação e aplicação de normas na teoria de Klaus Günther; 3.2 Crítica à teoria da argumentação de Robert Alexy; 3.3 Uma crítica à concepção de princípios como mandados de otimização e à ponderação como método para a solução do conflito entre princípios; 4 Dois momentos da réplica de Alexy às críticas de Günther e Habermas; 5 Considerações críticas; Referências

RESUMO: Este artigo discute a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy e sua proposta de juízos de ponderação como método fundamentado para a solução de colisões entre direitos fundamentais. A sugestão de Alexy é analisada à luz das observações críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas, de forma a mostrar que a ponderação ameaça a estrutura deontológica dos direitos fundamentais ao obscurecer a diferença entre questões jurídicas e axiológicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Ponderação. Teoria discursiva do direito e da democracia.

ABSTRACT: This paper discusses Robert Alexy's theory of legal argumentation and his law of balancing as a well-founded method for solving conflicts between constitutional rights. Alexy's approach is analyzed in light of Klaus Günther and Jürgen Habermas' critical observations, in order to assert that balancing threatens the deontological structure of constitutional rights, by blurring the distinction between legal and axiological issues.

KEY WORDS: Constitutional rights. Balancing. Discursive theory of law and democracy.

RESUMEN: Este artículo discute la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy y su propuesta de juicios de ponderación como método fundamentado para la solución de colisiones entre derechos fundamentales. La sugerencia de Alexy es analizada a la luz de las observaciones críticas de Klaus Günther y Jürgen Habermas, mostrando que la ponderación amenaza la estructura deontológica de los derechos fundamentales al obscurecer la diferencia entre cuestiones jurídicas y axiológicas.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales. Ponderación. Teoría discursiva del derecho y de la democracia.

1 Introdução

Em entrevista concedida a Manuel Atienza, publicada em 2001 na revista *Doxa*², Robert Alexy ofereceu um interessante balanço crítico de suas contribuições teóricas. Perguntado acerca das principais diferenças entre seu trabalho e o de Jürgen Habermas, Alexy respondeu que as duas versões da teoria do discurso guardavam algumas diferenças, mas partiam da mesma intenção básica. O ponto central da discordância entre ambos remetia à teoria dos direitos fundamentais:

Em 'Facticidade e validade' Habermas contrapôs ao modelo da ponderação o modelo do discurso de aplicação, idealizado por Klaus Günther, no qual a idéia de coerência desempenha o papel central. Eu sou, como Habermas, da opinião de que na interpretação do direito a coerência tem grande importância. Mas creio que não pode haver coerência sem ponderação. Este é o ponto no qual discordamos intelectualmente. Habermas crê que a idéia de otimização destrói a estrutura deontológica dos direitos fundamentais. A ponderação supõe um mais ou um menos. [...] Eu considero, pelo contrário, que o simples fato da gradação não supõe, por si só, uma estrutura teleológica.³

A teoria de Alexy vem desempenhando um papel de grande relevância no pensamento jurídico brasileiro. Dentre suas propostas teóricas mais difundidas encontra-se a distinção entre princípios e regras (baseada na descrição dos princípios como mandados de otimização) e a formulação do princípio da proporcionalidade na dogmática dos direitos fundamentais⁴. A crescente importância que o modelo teórico dos juízos de ponderação ganha em nosso contexto acadêmico e profissional exige uma reflexão crítica sobre seus supostos epistemológicos. Este artigo toma como ponto de partida as considerações de Alexy na entrevista citada anteriormente para contrapor os aspectos básicos de sua teoria da argumentação jurídica à alternativa proposta por Günther. Problematisa-se, ao final, a consistência do modelo de juízos de ponderação, entendido como *método* para a solução fundamentada de problemas concretos de colisão entre princípios.

2 Ponderação como método de solução de colisões entre direitos fundamentais

O modelo da ponderação será apresentado em etapas: primeiro, é necessário compreender sua relação com a teoria da argumentação de Alexy para, em seguida, analisar a distinção entre princípios e regras, a caracterização dos princípios como mandados de otimização e a ponderação como possibilidade de *aplicação fundamentada* de princípios.

Alexy desenvolveu uma teoria da argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral⁵. Isto significa que, a despeito de guardar especificidades, a argumentação jurídica está condicionada às possibilidades gerais da argumentação moral. As limitações do discurso jurídico referem-se à necessidade de produção de uma decisão obrigatória e se expressam de diferentes formas, por meio de restrições a determinados argumentos, à participação de pessoas, ao tempo disponível e assim por diante⁶. O termo "discurso", por sua vez, designa a problematização de pretensões de validade levantadas por atos de fala locucionários e ilocucionários (ou constatadores e reguladores, para utilizar a terminologia de Atienza⁷). A validade do que enunciam tais atos de fala tem como critério sua aceitabilidade racional, respaldada nos fundamentos aduzidos num ou noutro sentido. Neste ponto, a teoria de Alexy é tributária de desenvolvimentos da teoria do discurso de Habermas.

Mais do que um aglomerado de atos de fala, o discurso deve ser entendido como procedimento, garantido a partir de determinadas regras. Essas regras preservam a comunicação e permitem a formação da aceitabilidade racional a partir da força dos melhores argumentos. É à formulação de tais regras no âmbito do discurso prático racional que Alexy dedica boa parte de sua teoria da argumentação⁸. A teoria proposta por Alexy recusa a validade dedutiva como critério de correção, isto é, reconhece que os problemas do direito superam os limites da mera subsunção de fatos a normas.

Alexy entende que uma teoria da argumentação jurídica só revela todo o seu valor prático no contexto de uma teoria geral do Estado e do Direito. Essa última teoria teria de ser capaz de unir

dois modelos diferentes de sistema jurídico: o sistema jurídico como sistema de procedimentos e o sistema jurídico como sistema de normas. O primeiro representa o lado ativo, e se compõe de quatro procedimentos já mencionados: o discurso prático geral, a criação estatal do Direito, o discurso jurídico e o processo judicial. O segundo é o lado passivo, e, de acordo com Alexy, deve mostrar que o *Direito, como sistema de normas, é composto não só de regras, como também de princípios* (destacamos).⁹

A dimensão procedimental e a dimensão material do fenômeno jurídico articulam-se, portanto, na medida em que supõem uma normatividade que se abre à construção interpretativa por meio de procedimentos argumentativos. Isso é possível em razão da indeterminação estrutural dos princípios, cujos sentidos são reiteradamente construídos no processo de aplicação do direito.

É em sua teoria dos direitos fundamentais que Alexy desenvolverá a distinção entre princípios e regras, bem como uma definição de princípios. Princípios e regras são espécies do gênero "norma". Não obstante, há uma diferença qualitativa entre as duas categorias, o que torna possível uma distinção *a priori*. Para Alexy, princípios são *mandados de otimização*, ou seja, podem ser cumpridos em diferentes graus. A medida de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas.

O conflito entre regras remete a um problema de validade: regras antinômicas não podem valer simultaneamente no âmbito de um mesmo sistema jurídico. Ou se exclui uma das regras em conflito ou se constrói uma "cláusula de exceção". Já a colisão de princípios não pode ser equacionada a partir da mesma fórmula. Para Alexy, os problemas suscitados por este tipo de situação se referem não à validade dos princípios, mas ao seu *peso*¹⁰. É neste ponto que a ponderação se apresenta como modelo de solução racional da colisão entre princípios.

Alexy considera que a situação concreta na qual dois princípios igualmente válidos colidem é relevante para a determinação de uma relação de precedência de um sobre outro. Esta precedência não pode, entretanto, significar uma "prioridade sem mais". Estaria implicado, no processo de ponderação, o dever de tratar proporcionalmente os interesses em jogo, através de uma harmonização ou "concordância prática"¹¹. Fala-se, então, em uma *relação de precedência condicionada*, determinada a partir das condições fáticas relevantes que, em uma determinada situação concreta, levam o princípio P₁ a ter precedência sobre o princípio P₂. Com base nesse raciocínio, Alexy formula uma *lei de colisão*, que é enunciada da seguinte maneira: "As condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio prevalente"¹².

Os princípios não funcionam, na teoria de Alexy, como *topoi*. Ao longo do tempo, a operação do direito estabelece entre eles uma "ordem frouxa"¹³, que se refere, em primeiro lugar, a um "sistema de condições de prioridade", estruturado a partir de um conjunto de decisões pregressas tomadas mediante ponderação de princípios. Este sistema, mesmo contingente, serve como referência para o aplicador, funcionando como uma espécie de horizonte de sentidos normativos. Ele também permite afirmar que vigora o princípio da universalidade no tratamento dado à solução de conflitos entre princípios¹⁴. Liga-se a ele, em segundo lugar, um "sistema de prioridades *prima facie*", o qual estabelece que aquele que deseja refutar a prioridade estabelecida em prol de um determinado princípio responderá pelo "ônus da prova", isto é, a responsabilidade por fundamentar de maneira convincente tal pretensão¹⁵. Em terceiro lugar, a ordem estabelecida entre os princípios seria garantida por um "sistema de estruturas de ponderação". Tais estruturas dizem respeito à dupla exigência dos princípios, como mandados de otimização dirigidos às possibilidades fáticas e às possibilidades jurídicas de seu cumprimento¹⁶.

Diante disso, Alexy poderá afirmar que princípios e regras funcionam, na argumentação jurídica, como razões, não obstante razões de natureza diversa. Enquanto as regras seriam razões definitivas, os princípios seriam razões *prima facie*. Razões, entretanto, referidas a normas, isto é, princípios e regras não são propriamente razões para a ação, mas razões para a produção de outras normas, universais ou individuais¹⁷.

A pergunta que se coloca à teoria de Alexy é sobre a possibilidade de um controle racional da ponderação. Se nos ativermos ao sentido que Alexy atribui à expressão "racional", a irracionalidade de um procedimento significará sua abertura ao "subjetivismo" ou "decisionismo". Sua preocupação é em que medida a descrição dos princípios, a partir de uma estrutura teleológica, abre espaço para converter a decisão judicial na expressão de *preferências* do julgador. Afirmar a racionalidade

da ponderação é, por outro lado, caracterizá-la como um modelo de *fundamentação*. Ao contrário de um modelo de decisão, em que a precedência de um princípio sobre o outro é determinada intuitivamente, com base nas preferências do aplicador, o modelo de fundamentação

(...) distingue entre o processo psíquico que conduz à determinação do enunciado de preferência e sua fundamentação. Esta distinção permite referir o postulado da racionalidade da ponderação à fundamentação do enunciado de preferência, isto é: uma ponderação é racional se o enunciado de preferência ao qual conduz pode ser fundamentado racionalmente. *Desta maneira, o problema da racionalidade da ponderação leva à questão da possibilidade da fundamentação racional de enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores ou princípios opostos* (destacamos).¹⁸

A fundamentação de um enunciado de preferência condicionada não coincide com a fundamentação do *processo de ponderação*. A fundamentação do enunciado de preferência condicionada é, de fato, a fundamentação da regra de precedência à qual nos referimos anteriormente, ao enunciar a lei de colisão. No entendimento de Alexy, esta regra, que estabelece a precedência de um princípio sobre outro em determinadas condições, é uma *norma subordinada a disposições jusfundamentais*, e sua fundamentação se dá em concreto. Ela pode recorrer a "cânones da interpretação, argumentos dogmáticos, prejudiciais, práticos e empíricos em geral, como também às formas de argumentos especificamente jurídicos"¹⁹. Teríamos este tipo de fundamentação diante de uma justificativa para a prevalência do princípio P₁ em face do princípio P₂ diante de uma determinada situação concreta (C).

O que Alexy procura, entretanto, é o fundamento da ponderação como *método*. E até agora nada se disse a respeito disso, já que a *regra de precedência* é, de acordo com a lei de colisão, tão-somente o *resultado* deste procedimento de ponderação. A fundamentação da ponderação entre princípios deve recorrer a uma fórmula específica, que, nas palavras de Alexy, pode ser assim descrita: "Quanto maior é o grau de recusa à satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro"²⁰. Esta *lei de ponderação* valerá abstratamente para equacionar a colisão entre quaisquer princípios. Ela associa o peso de um princípio à importância de sua satisfação em um contexto dado, ou seja, à "possibilidade jurídica" de otimização do princípio aplicado em face de outros princípios que também reclamam aplicação concomitante, excluídas, portanto, relações de precedência *incondicionada*.

A lei de ponderação é desenvolvida com a ajuda de conceitos oriundos das ciências econômicas, notadamente o de *curvas de indiferença*, que representam, para um determinado indivíduo, situações igualmente boas no contexto de uma substituição de bens. As curvas decorrem da existência de uma taxa marginal decrescente da substituição, ou seja, quanto maior a proteção emprestada a um determinado bem, menos se poderá proteger o outro. Frisamos, não obstante, que a lei de ponderação remete a uma regra que prescreve como há de se efetuar a ponderação, não definindo a importância que um ou outro indivíduo (ou mesmo o Tribunal Constitucional) empresta a tal ou qual princípio. Justamente por isso, Alexy afirma que a lei de ponderação deve expressar uma "curva de indiferença correta", uma espécie de "curva de indiferença de segundo grau", que colocará em relação o grau de satisfação dos princípios colidentes²¹. É óbvio (e Alexy está muito ciente disso) que princípios não se sujeitam a uma mensuração quantitativa por meio de métodos econômicos. Não se trata, portanto, de conduzir um "cálculo intersubjetivamente obrigatório do resultado", como podemos perceber na passagem:

Quem diz que uma afetação muito intensa [de um princípio] só pode ser justificada mediante um grau de importância muito alto da satisfação do princípio oposto, não diz, todavia, nada acerca de quando se dá uma afetação muito intensa e quando verificamos um grau de importância muito alto. *Mas diz o que se deve fundamentar para justificar o enunciado de preferência condicionada que representa o resultado da ponderação; trata-se de enunciados acerca dos graus de afetação e importância* (destacamos).²²

Portanto, a função da lei de ponderação é indicar como fundamentar um juízo que coteja dois princípios colidentes objetivando uma decisão correta. E tal fundamentação (que se contrapõe, na visão de Alexy, a um modelo decisionista) depende de enunciados referentes a graus de afetação e importância dos princípios em conflito. Com isso, Alexy pensa ter construído uma ponte entre o modelo de ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional:

Certamente, a lei de ponderação enquanto tal não formula nenhuma pauta com cuja ajuda poderiam ser decididos definitivamente casos concretos. Mas, o modelo de ponderação como um

todo proporciona um critério, ao vincular a lei de ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional. A lei de ponderação indica o que é que deve se fundamentado racionalmente²³.

3 Klaus Günther: a argumentação de adequabilidade

3.1 O conceito normativo de coerência e a distinção entre discursos de justificação e aplicação de normas na teoria de Klaus Günther

A obra de Günther apresenta a *coerência* como idéia reguladora da aplicação de normas de ação. Diz-se coerente o processo de aplicação de normas que preserva uma relação de equilíbrio entre juízos particulares e princípios²⁴. O significado dessa proposta, entretanto, carece de maiores esclarecimentos. Em seus "Comentários à Ética do Discurso", Habermas explica que, tal qual o conhecimento possível acerca do mundo objetivo, o conhecimento acerca do mundo social é *falível*. Essa falibilidade, por sua vez, é responsável por uma reserva aposta a todo e qualquer conhecimento produzido, uma "reserva quanto a um potencial crítico de um saber futuro melhor, isto é, quanto à história, sob a forma dos nossos próprios processos de aprendizagem não antecipáveis"²⁵. É precisamente o caráter histórico do mundo social que justifica o princípio de coerência:

O conceito normativo de coerência, desenvolvido por Günther, pretende fazer justiça a esta forma de historicidade intrínseca: 'Se todas as normas válidas estiverem dependentes duma complementaridade coerente produzida por todas as outras normas numa situação em que estas sejam aplicáveis, então o seu significado varia de situação para situação. Deste modo, estamos em dependência em relação à história, uma vez que é esta que nos produz as situações imprevisíveis que nos impelem a uma outra interpretação de todas as normas válidas'.²⁶

A falibilidade do conhecimento sobre um mundo social contingente impede que a aplicação de normas de ação possa se resolver a partir de esquemas pré-definidos. Para explicitar melhor essa idéia, Günther introduz uma distinção entre justificação e aplicação de normas. O raciocínio parte de uma hipotética "norma perfeita"²⁷, em cuja fundamentação estivessem contidas *absolutamente todas* suas possibilidades concretas de aplicação. Essa condição é, entretanto, "abertamente irrealista": nenhuma norma é capaz de regular sua própria aplicação. A complexidade do real exigiria, daqueles que fundamentam a validade de uma norma, tempo e conhecimento infinitos.

Para Günther, "uma fundamentação discursiva de normas válidas deve assegurar que uma norma expresse um interesse geral em seu seguimento generalizado"²⁸. Entretanto, a aplicação das normas (em especial diante de situações que envolvem a colisão de princípios) acabará por revelar situações nas quais alterações significativas na constelação de elementos fáticos relevantes tornam improvável que a observância de uma dada norma possa ser justificada, ao longo do tempo, em termos de um "interesse geral em seu seguimento generalizado". A solução proposta por Günther para este problema é a distinção entre o discurso mediante o qual se fundamenta a *validade* de uma norma e o discurso mediante o qual se fundamenta sua *aplicação adequada* a uma determinada situação:

Desejo defender a tese de que com a fundamentação imparcial da validade de uma norma pensamos algo diferente de sua aplicação imparcial em um caso particular. Devo assinalar que a nossa compreensão pragmática de uma norma válida não pertence à adequação de sua aplicação a qualquer caso particular, pelo que tampouco seria necessária aquela hipótese irrealista de que devemos estar na situação de prever todas as colisões pensáveis de interesses em todos os possíveis casos particulares.²⁹

Para Günther, o discurso de justificação responde pela produção de normas de ação *válidas*. A validade das normas, por sua vez, atende a uma exigência de universalização (isto é, "interesse geral em um seguimento generalizado"). Esta exigência é formulada por Günther na forma de um "princípio da universalização", que, em sua versão fraca³⁰, enuncia o seguinte: "Uma norma é válida se as conseqüências e efeitos colaterais [*side effects*] resultantes de sua observação generalizada para os interesses de cada indivíduo puderem ser aceitos por todos eles, *sob as mesmas circunstâncias*"³¹. A cláusula *sob as mesmas circunstâncias* pretende indicar que a exigência de universalização (da qual depende a validade normativa) deve ser condicionada, em razão da impossibilidade de preencher as condições ideais de tempo infinito e saber ilimitado. Este *índice de indeterminação*, com o qual

o princípio passa a ser equipado, aclara dois modos diferentes de oferecer razões para a ação. O primeiro associa-se à produção de normas válidas, oferecendo razões *prima facie* para a ação (nas palavras de Günther, razões que valem “sob as mesmas circunstâncias”). O segundo modo diz respeito à aplicação de normas válidas a situações concretas, e demanda razões *ponderadas* (isto é, “tudo considerado”, deve-se ou não agir de tal maneira).

É precisamente esta distinção que sustenta, para Günther, a diferença entre o discurso de justificação e o discurso de aplicação. O *discurso de justificação* preocupa-se em testar a validade de proposições normativas com base na pressuposição de que as condições de conhecimento relevantes implícitas em sua fundamentação permanecerão inalteradas. Já no *discurso de aplicação*, o que se busca problematizar é a possibilidade de dessemelhanças relevantes entre o contexto de aplicação da norma e as condições que justificam sua validade nos termos do princípio de universalização. Para a aplicação adequada da norma, o intérprete deverá produzir uma descrição completa da situação fática de aplicação e cotejar todas as normas aplicáveis *prima facie*, dever que traduz uma exigência de imparcialidade. Isso não significa que uma decisão racional depende do esgotamento de todas as descrições fáticas e normativas possíveis de uma dada situação, algo que é impossível. A exigência de imparcialidade expressa um *mecanismo regulativo*, destinado a impedir que descrições relevantes sejam excluídas *a priori*. Trata-se, portanto, de uma idealização que permite – mas não garante por si só – a *abertura* para a construção imparcial da decisão. O caráter seletivo das descrições fáticas e normativas – que se condicionam reciprocamente – é, ao menos sob a perspectiva de um observador, inevitável. A única alternativa é possibilitar que, a cada nova decisão, tal seletividade permaneça criticável³².

Desta maneira, retoma-se o ideal de uma norma “perfeita”, desta vez *como uma idéia regulativa* realizada em dois passos, a partir da conjugação de discursos de justificação e aplicação³³. Uma vez esclarecido esse ponto, é possível voltar à idéia de coerência como critério de correção para juízos e princípios morais:

Se reconstruirmos o princípio de coerência com base na experiência que levamos a cabo em situações de aplicação, ficará patente por que a teoria da coerência pode cumprir só de maneira limitada a tarefa que lhe é atribuída, qual seja, fundamentar a correção ou validade de nossos juízos e princípios morais. Se for correto que sempre fazemos reflexões sobre a coerência e que em situações contingentes contamos com novos possíveis significados de nossos princípios, a correção de nossos juízos depende da medida em que nossos juízos intuitivos tematizam as diferentes características da situação de aplicação, e, com isso, alteram o conteúdo dos princípios tomados por corretos e, portanto, o estado de equilíbrio reflexivo³⁴.

Em síntese, a idéia de coerência expressa a necessidade de equilíbrio entre juízos particulares e princípios. Esse equilíbrio é dinâmico, pois o sentido dos princípios não é um dado, mas algo definido em sua própria aplicação. A coerência não é, portanto, o resultado de um conjunto de decisões cujo conteúdo já estava prefigurado em normas gerais. Pelo contrário. Para que haja coerência, é necessário, em primeiro lugar, perceber que a fundamentação da validade de uma norma não esgota o problema de sua aplicação. Uma norma válida pode mostrar-se inadequada para regular uma situação que outrora era tida sob seu âmbito de vigência. Isso pode ocorrer em razão de uma nova descrição dos elementos fáticos relevantes ou da alteração da pré-compreensão normativa que orientava a tarefa do aplicador. Por fim, tomar essa idéia de coerência como referencial para a argumentação jurídica é admitir que a tarefa interpretativa transcorre em meio a reconstruções que são inevitavelmente seletivas e, por essa mesma razão, devem manter-se abertas à crítica.

3.2 Crítica à teoria da argumentação de Robert Alexy

A crítica de Günther a Alexy pode ser separada em duas partes: a refutação da *tese do caso especial* (pela qual a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral) e a crítica à concepção de princípios como mandados de otimização.

Em sua “Teoria da Argumentação Jurídica”, Alexy defende que o discurso jurídico lida com a necessidade de estabelecimento de um espaço do *discursivamente possível* e encontra-se limitado pela necessidade de produzir decisões *definitivas*, ou seja, decisões que, a partir de algum momento, não estão mais disponíveis ao debate, algo que não ocorre no discurso prático (moral). O discurso prático seria, por “razões estruturais”, incapaz de produzir decisões definitivas³⁵. Assim, a principal

diferença entre a argumentação prática geral e a argumentação jurídica é que “nas disputas jurídicas não se submetem todas as questões à discussão. Tais disputas ocorrem sob certas limitações”³⁶. O discurso jurídico é um discurso prático submetido a constrições que o tornam útil à produção de decisões definitivas.

Para Günther, por outro lado, os discursos práticos devem estar, por princípio, em situação de produzir resultados definitivos.

Do contrário, não teria sentido fundamentar o princípio da universalização [universabilidade] da ética discursiva como um princípio moral. Outra questão é se podemos cumprir os requisitos idealizados de uma argumentação prática racional também sob as condições reais de pressão de ação e decisão. O ‘espaço de incerteza’ constatado por Alexy se abre, pois, somente se contrastamos o discurso com a *necessidade fática de decidir*. Esta decorre, sobretudo, de três fatores que não pertencem à estrutura do discurso: porque as decisões devem produzir-se sob condições que não se caracterizam somente pelos requisitos da argumentação racional, mas pela escassez de tempo, pelo estado incompleto do saber e pela dupla contingência³⁷.

Portanto, as condições que limitam o discurso jurídico não podem ser justificadas a partir de um diagnóstico da *estrutura do discurso prático*, que seria incapaz de produzir decisões definitivas, como quer Alexy, mas de uma compreensão acerca do funcionamento do discurso prático em circunstâncias “de pressão de ação e decisão”, seja na tarefa de fundamentação, seja na tarefa de aplicação imparcial de normas. É justamente com base na escassez do tempo, na incompletude do saber e na dupla contingência que Günther justifica a necessidade de cindir os discursos de justificação e aplicação, refutando, com isso, a possibilidade de uma norma que regule todas as suas possibilidades concretas de aplicação. Para compreender melhor as implicações dessa posição, é importante esclarecer outros dois aspectos da “tese do caso especial”.

A “tese do caso especial”, tal qual formulada por Alexy, sugere que há uma coincidência *parcial e estrutural* entre o discurso prático e o discurso jurídico. A coincidência parcial se deve ao fato de que ambos os discursos operam mediante a fundamentação de *pretensões de correção*. Já a coincidência estrutural remete à presença, na argumentação jurídica, de alguns dos “princípios, regras e formas” da argumentação prática.

Para Alexy, tanto os discursos jurídicos quanto a argumentação prática geral dirigem-se à fundamentação de questões práticas por meio de argumentos. Os participantes atribuem às conclusões produzidas nesses discursos uma *pretensão de correção*, isto é, reconhecem que a argumentação em contextos práticos não se reduz à mera imposição de perspectivas ou interesses particulares, mas à definição imparcial de uma norma de ação. A diferença entre o discurso jurídico e a argumentação prática geral consiste no fato desta procurar fundamentar a correção “em absoluto”³⁸, ao passo que aquela se preocupa com a “fundamentação racional no marco de um ordenamento jurídico vigente”. Por isso, uma “racionalidade ilimitada da decisão jurídica” ficaria na dependência da total racionalidade da legislação³⁹. Do ponto de vista de Günther, Alexy reconstruiu a possibilidade de fundamentação racional do direito como uma fundamentação de *validade*.

[a pretensão de correção] não pode ser, *ex definitione*, uma fundamentação de validade. Na argumentação jurídica [...] se pressupõe a validade das normas ou do ordenamento jurídico em sua totalidade. [...] Alexy reconstrói a lógica da argumentação jurídica sobre o modelo do discurso de fundamentação (destacamos).⁴⁰

Isso condena o discurso jurídico a fundamentar exatamente o que deve pressupor a validade das normas. O que está em jogo, entretanto, é definir se uma determinada norma é adequada para reger uma situação e como tal norma deve ser interpretada de forma a promover uma reconstrução coerente do direito vigente, de forma a propiciar uma decisão que, ao analisar a história jurídica institucional e as especificidades do caso concreto, assegura, ao mesmo tempo, correção e justiça. O discurso jurídico seria, na perspectiva de Günther, um *caso especial do discurso prático, mas do discurso de aplicação*.

Por sua vez, a coincidência estrutural entre o discurso prático e o discurso jurídico deve-se à presença, no discurso jurídico, de princípios, regras e formas típicas da argumentação prática. Entretanto, para Alexy, o princípio da universalização (pelo qual só é válida a norma que puder contar com o assentimento racional de todos os afetados pela sua observância generalizada) restringe sua validade ao âmbito do discurso prático, isto é, não se aplica ao discurso jurídico. Günther observa

que todas as regras e formas que Alexy enuncia como pertinentes ao discurso jurídico “carecem de referência ao princípio da universalização, que, como regra de argumentação, é constitutivo do discurso prático geral”⁴¹.

Para o discurso jurídico vale um *princípio de universalização semântico*, apoiado nas teorias de Hare⁴². Segundo esse princípio, se o indivíduo (A) afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra (R) para a satisfação dos interesses dos indivíduos (B) e (C), (A) deve poder aceitar as conseqüências de (R) também no caso hipotético de se encontrar na situação de (B) e (C). A contradição com o princípio da universalização calcado na ética do discurso é flagrante. Para observância do princípio de Hare, simplesmente não é necessário *nenhum discurso*. A validade de uma norma de ação pode ser resolvida monologicamente.

Para tais reflexões semânticas [desenvolvidas com amparo na concepção de Hare] é significativo que podem ser levadas a cabo monologicamente, não exigindo discurso algum. *Suficiente* para o discurso é apenas aquela variante do princípio de universalização que se aplica à consideração recíproca dos interesses de todos os afetados. Isto ocorre, em *Alexy, sob as ‘regras de fundamentação’ do discurso prático geral (regra 5.1.2)*, mas não sob as regras e formas da *argumentação jurídica* (destacamos).⁴³

Neste ponto, Habermas e Günther estão de acordo. Entretanto, é imperativo esclarecer que Habermas não está disposto a aceitar o discurso jurídico como caso especial do discurso prático, seja na versão proposta por Alexy, seja na proposta por Günther. Para ele, a dimensão de validade das normas jurídicas é mais complexa que a dos juízos morais, o que desautoriza tratar o direito como caso especial da moral⁴⁴. O direito guarda uma relação de complementaridade ou de co-originalidade com a moral, não uma relação de subordinação.

3.3 Uma crítica à concepção de princípios como mandados de otimização e à ponderação como método para a solução do conflito entre princípios

Ultrapassadas essas observações sobre a teoria da argumentação jurídica, surge o problema da distinção entre princípios e regras, à qual Alexy atribui um importante papel teórico na explicação do *conflito entre normas*.

Recordando a proposta de Alexy, os princípios funcionam como “*razões prima facie*” para a ação. Por outro lado, as regras prescrevem *definitivamente* uma ação. Há, portanto, uma correspondência entre princípios/regras e caráter *prima facie*/definitivo de normas. Quanto à estrutura normativa, Alexy descreverá os princípios como mandados de otimização, dotados, portanto, de uma estrutura *teleológica*. Diante de conflitos entre princípios, não se questiona sua validade, como seria o caso se estivéssemos diante de regras. A precedência de um princípio sobre outro deve ser determinada a partir de um processo de ponderação, orientado pela regra segundo a qual um maior grau de afetação de um princípio deve corresponder a uma maior importância da satisfação do princípio concorrente (lei da ponderação). O resultado da ponderação é uma regra de precedência condicionada, que expressa qual princípio deve prevalecer diante daquelas circunstâncias específicas (lei de colisão). Desta forma, Alexy pretende ter garantido a racionalidade do procedimento de ponderação, indicando com precisão o que requer fundamentação por meio da argumentação jurídica: os graus de afetação e a importância dos princípios colidentes.

Uma primeira diferença que marca a proposta de Günther é a recusa em situar a distinção entre princípios e regras ao nível da estrutura das normas. A distinção, para ele, pode ser mais bem explicada se reconduzida a dois *modos de aplicação* de normas: aquele que se orienta pela consideração de todas as características fáticas da situação de aplicação (normas sendo aplicadas como princípios) e aquele que exclui esta estratégia mediante uma antecipação deliberada das características fáticas relevantes para a aplicação da norma (normas sendo aplicadas como regras). O seguinte trecho é elucidativo:

Que certas normas requerem argumentação de adequabilidade só se torna claro diante de uma situação de aplicação. O imperativo de que uma norma seja aplicada relativamente às atuais possibilidades fáticas e normativas, por outro lado, pode ser dirigido a *qualquer* norma. [...] *Me parece mais fácil separar o modo de aplicação de uma norma de seu conteúdo deontológico*. Se nossa hipótese acerca da separação de justificação e aplicação em um nível pós-convencional de

desenvolvimento do juízo moral está correta, então a prescrição de que uma norma seja aplicada apenas mediante a consideração de todas as circunstâncias da situação de aplicação é válida para toda norma, em face do princípio da aplicação imparcial. Isto não exclui que, por razões que devem ser justificadas, certas normas sejam *artificialmente mantidas em um nível convencional*⁴⁵, com o resultado de que mudanças nas regras, por razões de adequabilidade, só são possíveis em casos excepcionais ou requerem uma decisão acerca de sua validade (destacamos).⁴⁶

Quando Günther afirma que separa o modo de aplicação de uma norma de seu conteúdo deontológico, ele quer dizer apenas que não há como definir, somente com base em elementos da estrutura semântica da norma (conteúdo deontológico, o que a norma prescreve como sendo obrigatório, permitido ou proibido), se estamos diante de um princípio ou de uma regra, ou melhor, se a norma deve ser aplicada como princípio ou como regra.

Transferir a distinção princípios/regras da estrutura da norma para seu modo de aplicação é o resultado da ruptura com um conceito semântico de norma. Na linha de Günther, interessa a *utilização da norma em determinados contextos*. Se uma norma será aplicada como regra ou princípio, isto só poderá ser revelado na situação de aplicação mesma, na qual os participantes do discurso problematizarão a questão. Verificadas as condições de um juízo de adequabilidade prévio, fornecido geralmente por quem edita a norma válida, ela será aplicada como uma regra, isto é, mediante um processo de identificação das *características fáticas relevantes* (segundo o programa normativo) com a *descrição normativa da situação fática*. Por outro lado, se este não é o caso, a norma será aplicada como princípio, num processo que exige a descrição completa da situação de aplicação e das normas *prima facie* aplicáveis, para se estabelecer qual é adequada à situação.

Outra diferença central entre a proposta de Günther e Alexy está relacionada à concepção dos princípios como mandados de otimização. De acordo com Alexy, princípios possuem a mesma estrutura de valores⁴⁷. Direitos fundamentais, como princípios, devem ser compreendidos como bens jurídicos otimizáveis. O problema dessa formulação é o risco que ela representa para o caráter reflexivo da eticidade moderna, pois

(...) exclui a possibilidade de criticar os valores mesmos à luz de princípios ou em procedimentos discursivos. De acordo com este modelo [de ponderação, formulado por Alexy], tudo que surge como "valor" em uma instância específica teria que ser submetido a um procedimento de ponderação, sem que, com isso, seja possível questionar o próprio valor. Isso nos leva a concluir que, na ponderação, o critério para julgar o grau de importância de valores em conflito decorre de uma ordem de prioridades pré-existente em cada caso. [...] Isto realmente descreve o estado de fato da atuação das cortes constitucionais, mas a característica confusão entre princípios e imperativos funcionais sistêmicos da economia ou administração é também, ao mesmo tempo, assumida. Para uma teoria procedimental de justificação e aplicação, por outro lado, valores, como interpretações de necessidades coletivas, deveriam permanecer criticáveis.⁴⁸

É inevitável que valores, objetivos políticos e preferências individuais e coletivas ingressem em alguma medida no discurso jurídico, que é materializado por sujeitos concretos, historicamente situados. Não obstante, parece problemático que ingressem no mesmo patamar das normas (pelo menos no discurso jurídico). Para que um valor possa se impor no âmbito do discurso jurídico é preciso que este seja reconduzido a uma norma. A preocupação de Günther é compartilhada por Habermas, para quem o perigo de "juízos irracionais" cresce "na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão"⁴⁹.

4 Dois momentos da réplica de Alexy às críticas de Günther e Habermas

Selecionamos, à guisa de réplica de Alexy às críticas de Günther e Habermas, um artigo publicado na *Ratio Juris* de junho de 2003⁵⁰. Alexy inicia retomando dois argumentos levantados por Habermas: a) um primeiro se refere à confusão entre direitos e "objetivos, políticas e valores"; b) um segundo, que Alexy denominará "problema conceitual", diz respeito à natureza deontológica dos direitos e ao risco introduzido pela compreensão de princípios como normas dotadas de uma estrutura teleológica. Por este argumento, o juízo resultante da ponderação é simplesmente um juízo de valor, o qual não pode ser fundamentado em termos do que é ou não devido, eliminando a pretensão de correção que é característica do direito. Os dois problemas estão intimamente ligados, tanto para Günther quanto para Habermas⁵¹.

Alexy pretende responder ambas as objeções. Para ele, a lei de ponderação já se encarregou de demonstrar o que deve ser justificado racionalmente num procedimento de ponderação. Trata-se precisamente do grau de importância e afetação (bem como sua inter-relação) dos princípios (direitos fundamentais) colidentes. Para que a primeira objeção de Habermas tenha curso, seria necessário comprovar que não é possível produzir “juízos racionais” sobre tais graus de importância e afetação. Alexy sugere a análise de alguns exemplos práticos, recorrendo a um precedente da Corte Constitucional Alemã sobre a necessidade imposta aos fabricantes de cigarro de colocar advertências médicas [*health warnings*] em seus produtos (*BVerfGE* vol. 95, 173).

É possível imaginar, em comparação com as advertências médicas, medidas que afetariam mais intensamente a liberdade de iniciativa do fabricante de cigarros, como o próprio banimento do produto. Por outro lado, também é possível pensar em alternativas que interfeririam menos intensamente nesta liberdade. Se considerarmos ainda os riscos ocasionados pelo tabaco à saúde das pessoas, veremos, segundo Alexy, que são altos, e justificam, portanto, uma interferência mais intensa. Isto torna possível a confecção de “escalas” [*scales*] que relacionam a intensidade da interferência na livre iniciativa aos riscos gerados para a saúde pública pela indústria de cigarros. Mas, em alguns casos, essa relação pode não ser tão óbvia. Como proceder então? Alexy sugere que a resposta pode ser obtida a partir da análise de outro caso concreto, também da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o caso Titanic (*BVerfGE* vol. 86, 1, 11).

Titanic é uma revista satírica de grande circulação na Alemanha, que, em determinada oportunidade, descreveu um oficial paraplégico da reserva como “assassino nato” [*“born Murderer”*] e, em outra, como um “aleijado” [*“cripple”*]. A Corte considerou a liberdade de imprensa e a dignidade do oficial ofendido como princípios colidentes. Quanto à descrição “assassino nato”, uma contextualização na matéria veiculada convenceu o tribunal de que não se tratava de ofensa séria a um direito de personalidade, pois o oficial era colocado lado a lado com várias outras pessoas, às quais era atribuído o sobrenome “nato” (o Presidente, por exemplo, era descrito como “cidadão nato” [*Born Citizen*]), e assim por diante. Uma interferência na liberdade de imprensa só seria justificável diante de uma afetação mais intensa do direito de personalidade do oficial, o que teria ocorrido quando a mesma revista o descreveu como “aleijado”. A expressão “humilhante” e “desrespeitosa” continha um “prejuízo sério para o direito de personalidade do paraplégico”. A importância de se proteger o oficial pela via jurisdicional aumentava, portanto. Estava justificada uma interferência mais intensa na liberdade de imprensa. Para Alexy, “cada interferência em um direito fundamental que não é justificada a partir de outra interferência ao menos tão intensa em outro princípio constitucional é desproporcional”⁵². A partir desses dois exemplos, ele conclui que as críticas de Habermas não se aplicam, pois os direitos colidentes não são sopesados *arbitrariamente*:

O Tribunal Constitucional Federal trata a interferência na liberdade de expressão tão seriamente porque um julgamento que defira os danos [à personalidade do oficial] poderia reduzir a predisposição futura daqueles afetados em produzir sua revista do modo que até então vinham fazendo. Este é um argumento, e não é um argumento ruim. É altamente polêmico se a denominação ‘assassino nato’ representa de fato apenas uma leve ou moderada interferência [no direito do oficial]. É difícil negar, entretanto, que a Corte aduziu razões para essa conclusão que são no mínimo dignas de consideração. Finalmente, a Corte arguiu que a descrição de um paraplégico como ‘aleijado’ constituía uma interferência muito intensa no direito de personalidade do oficial, sob as bases de que ela seria humilhante e desrespeitosa. Isto é, primeiro, um argumento, e, segundo, um bom argumento. Portanto, não se pode dizer que os direitos foram sopesados de forma arbitrária.⁵³

A resposta de Alexy ao argumento de que esse procedimento faria ruir a barreira que limita o discurso jurídico à perspectiva deontológica, é, não obstante, lacônica. Ele retoma o conceito econômico de *taxa de utilidade marginal decrescente* para arguir que há limites para além dos quais uma interferência num dado direito para a salvaguarda de outro não pode mais ser justificada. Retomando o caso Titanic, Alexy argumenta que a violação à honra e à imagem do militar chamado de aleijado era não apenas séria, mas extraordinariamente séria. Diante de violações dessa gravidade (ou de maior gravidade), ponderações já não apresentam utilidade:

Neste ponto, chegamos a uma região onde interferências [sobre o direito à imagem ou à honra] dificilmente podem ser justificadas pelo fortalecimento de razões para interferir. Isto corresponde à taxa decrescente de utilidade marginal. Os direitos constitucionais ganham um peso desproporcional com um aumento [exagerado] da interferência. Há algo como um centro de resistência. Isto serve para erigir a barreira que Habermas julga estar faltando na teoria da ponderação.⁵⁴

A resposta de Alexy, entretanto, é dúbia, pois a barreira que separa o direito da moral, da política ou da eticidade de uma sociedade qualquer é erigida apenas quando a própria estrutura da ponderação entra em colapso.

5 Considerações Críticas

De início, a leitura dos trabalhos de Günther e Alexy resulta em impressões muito diferentes. Enquanto Alexy organiza uma proposta teórica analítica e obstinadamente disciplinada, Günther, por outro lado, oferece uma reflexão menos sistematizada, mais aberta. A despeito de recorrer a categorias gerais destinadas a auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico (como a distinção entre justificação e aplicação de normas), Günther reconhece com tranqüilidade que “a questão acerca de *como* devemos construir uma relação coerente dentro de um conjunto de normas aplicáveis permanece sem resposta”. Para ele, uma enumeração formal de critérios de adequabilidade é algo despropositado. A tarefa de construir um direito coerente (a “integridade”, para usar a expressão de Dworkin) realiza-se apenas na própria operação do direito e está fadada a ser surpreendida pelo imprevisível das relações jurídicas concretas⁵⁵.

Günther e Alexy estão, nesse ponto, em posições antípodas. Alexy transforma a idéia de proporcionalidade em um *método*, cuja função é explicitar precisamente como se produz uma decisão correta num contexto de colisão entre direitos fundamentais. A despeito de classificar sua teoria como uma teoria *discursiva*, Alexy imagina que a aplicação de normas jurídicas pode ser controlada a partir desse método, no qual a ponderação funciona como um “critério de verdade”. E esse tipo de construção se resolve a partir de uma perspectiva monológica, não discursiva. Além disso, o modelo da ponderação transforma o discurso jurídico numa disputa por concepções ético-políticas concorrentes, levando o Poder Judiciário a envolver-se com tipos de argumento que estão claramente fora de sua alçada.

Para comprovar essas afirmações, basta checar a posição de Alexy em sua análise do caso Titanic. O exemplo que ele traz para demonstrar por que a ponderação deve ser entendida como método racional (fundamentado) de solução de colisões de direitos fundamentais revela exatamente o oposto. Reconhecendo ser “polêmico” se a denominação “assassino nato” representa ou não uma afetação apenas moderada à imagem do oficial da reserva alemã, ele defende que chamá-lo de “aleijado” é certamente humilhante e desrespeitoso, portanto, mais grave. Porém o que está em jogo não é quão grave foi a ofensa ao oficial. Não interessa o “*grau* de afetação” de seu direito em comparação ao direito da revista. De um ponto de vista deontológico, a questão é se o direito à honra ou à imagem do oficial proíbe o tipo de manifestação veiculado pela Titanic ou, se ao contrário, a matéria representa (em um, nos dois ou em nenhum dos casos) tão-somente o exercício regular da liberdade artística ou de expressão. Não há o que ser ponderado aí. Quanto à proibição de circulação da Titanic, cabe definir se, ocorrendo violação à honra ou à imagem do oficial, ele teria o direito de impedir a circulação da revista ou se o dano que lhe fora imposto deveria ser resolvido de outra maneira (publicação da sentença no mesmo espaço utilizado para matéria, condenação pecuniária pelo dano proporcional à circulação da revista, etc.). Alexy não hesita em afirmar que os argumentos da Corte são “bons argumentos”. Entretanto, seriam argumentos jurídicos?

A disputa entre modelos alternativos de solução de colisões entre direitos fundamentais pode parecer uma questão menor, uma “filigrana teórica”, em especial se considerarmos que a *mesma decisão* poderia ser produzida a partir de uma reflexão que se vale do método da “ponderação” ou de outra, que procura suas balizas no “princípio da coerência”. Mas a legitimidade do direito não repousa em conteúdos normativos estáveis, reproduzidos mecanicamente nas leis ou decisões judiciais. A produção de direito legítimo é também a produção legítima de direito e depende portanto, de procedimentos capazes de assegurar que os afetados por um determinado provimento jurídico tenham efetivas condições de participar de sua construção. A mesma lei que pode ser editada pelo Congresso de um país livre e democrático pode ser outorgada por um ditador. A mesma decisão judicial pode ser imposta sem a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa ou por um juízo rigorosamente comprometido com os princípios constitucionais. Na feliz dicção de Aroldo Plínio Gonçalves, “entre uma decisão ‘justa’, tomada autoritariamente, e uma decisão ‘justa’, construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que a dignidade humana se realiza através da liberdade”⁵⁶.

Em contextos como o brasileiro, de agigantamento da jurisdição constitucional e de riscos de “monopolização” da constituição, estratégias teóricas que excluem a discursividade dos procedimentos jurídicos acabam por reforçar um direito de especialistas, fragilizar a atuação da representação política e transformar tribunais constitucionais em verdadeiros “superegos da sociedade”⁵⁷. Günther se desvia de maneira consciente dessa rota, assumindo o caráter *hermenêutico* do processo de aplicação das normas jurídicas, o qual não está à disposição de nenhum modelo teórico.

Alexy está comprometido com uma perspectiva teórica diferente. Ele não pode reconhecer qualquer utilidade na idéia de um “discurso de aplicação” distinto da justificação de normas jurídicas. Pelo contrário, enxerga nesse tipo de formulação o risco de uma “prática não universalista de decisão”:

A idéia de um discurso de aplicação é ao mesmo tempo correta, vazia e fácil de ser mal compreendida. É correta enquanto expressa a velha exigência hermenêutica pela consideração de todos os aspectos. Esta exigência é um postulado elementar da racionalidade. É *vazia*, porque não diz que aspectos devem ser considerados e de que maneira. [...] Finalmente, a idéia de um discurso de aplicação é *fácil de ser mal compreendida* porque abriga o perigo de uma prática não universalista de decisão. Este perigo se agudiza se a administração da justiça for considerada exclusivamente como um discurso de aplicação e, então, separar-se dos discursos de justificação.⁵⁸

Mas o que seria uma “prática universalista de decisão”? Tudo indica, pela preocupação de Alexy, que é uma prática comprometida com a máxima de que, a casos semelhantes, devemos dar decisões semelhantes. De forma alguma essa exigência é incompatível com a proposta de Günther. A idéia de coerência não despreza a história institucional do direito, as decisões passadas ou as várias normas que regulam concorrentemente uma determinada situação fática. Nesse ponto, como percebido por Habermas⁵⁹, há uma semelhança considerável entre a proposta de Dworkin (direito como integridade) e a de Günther.

O que preocuparia Günther, entretanto, é a questão oposta à que lhe dirige Alexy: qual é o limite de uma prática de decisão universalista? Decisões judiciais regulam casos concretos: elas só podem servir como referência para novas decisões na medida em que decidimos sobre uma semelhança relevante entre a situação passada e a situação sob apreciação. Diante da irrepetibilidade das situações históricas, a detecção deste tipo de semelhança fica na dependência de uma descrição o mais completa possível da situação fática, de forma que devemos sempre atentar para eventuais *dessemelhanças* relevantes. O risco é, contrariamente ao que pensa Alexy, o de que uma “ordem frouxa de princípios” venha a obliterar a percepção da radical historicidade em que se inscreve a empreitada do direito, imobilizando-o no passado e vinculando-o a uma idéia de segurança falsa e anacrônica.

Notas

- ¹ Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB (2005). Doutorando na mesma instituição. Analista Legislativo e professor dos cursos de pós-graduação oferecidos pela UnB. **E-MAIL**: leonardo.barbosa@camara.gov.br.
- ² ALEXY, Robert. Entrevista a Robert Alexy. **Doxa**, Cuadernos de filosofía del derecho. Alicante, n. 24, 2001, p. 671-687. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Último acesso em: 27 jul. 2003.
- ³ Todas as citações de textos em língua estrangeira foram traduzidas pelo autor.
- ⁴ Ver, em especial, ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. Sobre a polêmica com Habermas, ver ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, jun. 2003, p. 131-140, entre outros. Um exemplo representativo da recepção do trabalho de Alexy no Brasil pode ser encontrado em COELHO, I. M.; BRANCO, P. G.; MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, em especial p. 311-348. Ver, ainda, a tese de doutorado recentemente defendida na Universidade de Brasília, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2008.
- ⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

- ⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 206.
- ⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Teorias da argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002. p. 236.
- ⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 173 e ss.
- ⁹ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 267.
- ¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 89.
- ¹¹ COELHO, Inocêncio M. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 131-133.
- ¹² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 94.
- ¹³ ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Distribuciones Fontamara, 1993.
- ¹⁴ Alexy utilizará este argumento para refutar as acusações de casuísmo lançadas contra a ponderação. Ele se refere a esta tese como aquela “segundo a qual as ponderações conduzem a ‘decisões particulares’”. ALEXY, R. **Teoría de la argumentación jurídica**. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad.: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 167.
- ¹⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Teorias da argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002. p. 268.
- ¹⁶ “Com referência às possibilidades fáticas, cabe formular duas regras que exprimem o princípio da otimalidade de Pareto (e que supõem a passagem do campo da subsunção e da interpretação para o da decisão racional): a primeira é que ‘uma medida M é proibida com relação a P1 e P2 se não é eficaz para proteger o princípio P1, mas é eficaz para solapar o princípio P2’; e a segunda, que ‘uma medida M1 é proibida com relação a P1 e P2 se existe uma alternativa M2 que protege P1 pelo menos tão bem quanto M1, mas que solapa menos P2. E com relação às possibilidades jurídicas, [...] ‘quanto mais alto for o grau de descumprimento ou de desprezo por um princípio, tanto maior deverá ser a importância do cumprimento do outro’.” (ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 268). Fica claro, neste ponto, a ligação estreita entre a estrutura dos princípios enquanto mandados de otimização e o princípio da proporcionalidade. Por um lado, à otimização das possibilidades fáticas, ligam-se à adequação e a necessidade. Por outro, à otimização das possibilidades jurídicas de cumprimento do princípio, liga-se o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (Cf. MENDES, Gilmar F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 71-72).
- ¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 102.
- ¹⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 158-159.
- ¹⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 159.
- ²⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 161.
- ²¹ Para mais detalhes, é recomendável recorrer aos explicativos esquemas gráficos utilizados por Alexy. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 161-163.
- ²² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 164.
- ²³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 167.
- ²⁴ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. **Doxa**, Alicante, n.17-18, 1995. p. 274.
- ²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Trad.: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 140.
- ²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 140.
- ²⁷ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 278.
- ²⁸ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 278.
- ²⁹ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 279.
- ³⁰ Cf. GÜNTHER, K. **The Sense of Appropriateness**. Application discourses in morality and law. Trad: John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993. p. 29-40. Günther distingue uma versão forte e uma versão fraca do princípio de universalização. A versão fraca seria caracterizada por um “índice de indeterminação”, explicado adiante.

- ³¹ GÜNTHER, K. **The Sense of Appropriateness**. Application discourses in morality and law. Trad: John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993. p. 35.
- ³² GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. **Doxa**, Alicante, n.17-18, 1995. p. 287-288.
- ³³ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 283.
- ³⁴ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 277.
- ³⁵ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 297.
- ³⁶ ALEXY, R. **Teoría de la argumentación jurídica**. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad.: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 206.
- ³⁷ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 297.
- ³⁸ ALEXY, R. **Teoría de la argumentación jurídica**. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad.: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 275.
- ³⁹ ALEXY, R. *Op. cit.*, p. 274.
- ⁴⁰ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 299.
- ⁴¹ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 299.
- ⁴² Cf. CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 89. Cattoni tece algumas considerações interessantes a respeito deste princípio semântico da universalidade pautado na formulação de Hare e sua utilização por Alexy como um “primeiro princípio de ponderação”. Ver também a análise de Alexy sobre a teoria de Hare. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 79-91
- ⁴³ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 299.
- ⁴⁴ “a dimensão de validade mais complexa das normas do direito proíbe equiparar a correção de decisões jurídicas à validade de juízos morais e, nesta medida, considerá-la como um caso especial de discursos morais [...]. As máximas de interpretação e princípios jurídicos, canonizados na metodologia, só serão atingidos satisfatoriamente por uma teoria do discurso quando tivermos conseguido analisar melhor do que até hoje a rede de argumentações, negociações e comunicações políticas na qual se realiza o processo de legislação”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 290. A este respeito ver, ainda, DUTRA, Delamar J. V. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. **Veritas**, Porto Alegre, v. 51, n. 1, mar. 2006, em especial p. 27 e ss.
- ⁴⁵ Aqui Günther refere-se ao “nível convencional” em relação à sua apropriação teórica do trabalho de Durkheim, Mead, Wittgenstein, Piaget e Kohlberg. Trata-se de um estágio do juízo moral onde a distinção entre validade e adequabilidade ainda não se desenvolveu plenamente. Para uma explicação resumida, cf. GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. Application discourses in morality and law. Trad: John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993. p. X-XI.
- ⁴⁶ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 216
- ⁴⁷ Para Cattoni “as normas – quer como princípios, quer como regras – visam ao que é devido, são enunciados deontológicos: à luz de normas, posso decidir qual é a *ação ordenada*. Já os valores visam ao que é bom, ao que é melhor; condicionados a uma determinada cultura, são enunciados teleológicos: uma ação orientada por valores é preferível. Ao contrário das normas, *valores não são aplicados, mas priorizados*” (destacamos). CATTONI, M. *Op. cit.*, p. 90.
- ⁴⁸ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 219.
- ⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 321.
- ⁵⁰ ALEXY, R. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**, vol. 16, n. 2, Jun. 2003.
- ⁵¹ Alexy reconhece o alcance potencial dessa crítica: “Se isso for verdade, então, por certo, a ponderação terá sofrido um golpe fatal. O direito está necessariamente conectado a uma pretensão de correção. Se a ponderação ou o sopesamento [*balancing or weighing*] fossem incompatíveis com correção e justificação, não teriam lugar no direito. O desenvolvimento do direito constitucional alemão nos últimos 50 anos estaria, em seu cerne, contaminado pelo erro”. ALEXY, R. *Op. cit.*, p. 135.
- ⁵² ALEXY, R. *Op. cit.*, p. 138.
- ⁵³ ALEXY, R. *Op. cit.*, p. 139.

- ⁵⁴ ALEXY, R. *Op. cit.*, p. 139-140.
- ⁵⁵ GÜNTHER, Klaus, **The Sense of Appropriateness**. Application discourses in morality and law. Trad: John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993. p. 245.
- ⁵⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 174.
- ⁵⁷ A expressão é da cientista política alemã Ingeborg Maus. A propósito, ver MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.
- ⁵⁸ ALEXY, R. Jürgen Habermas's theory of legal discourse. *In*: ARATO, A; ROSENFELD, M. (Ed.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkeley: University of California Press, 1998. p. 231.
- ⁵⁹ HABERMAS, J. *Op. cit.*, p. 261 e ss.

Referências

- ALEXY, R. **Teoría de la argumentación jurídica**. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad.: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- _____. **Derecho y razón práctica**. México: Distribuciones Fontamara, 1993.
- _____. Jürgen Habermas's theory of legal discourse. *In*: ARATO, A; ROSENFELD, M. (Ed.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkley: University of California Press, 1998. p. 226-233.
- _____. The special case thesis. **Ratio Juris**, vol. 12, n. 4, dez. 1999, p. 374-384.
- _____. Entrevista a Robert Alexy. **Doxa**, Cuadernos de filosofía del derecho. Alicante, n. 24, 2001, p. 671-687. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Último acesso em: 1º jul. 2008.
- _____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad.: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- _____. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**, vol. 16, n. 2, Jun. 2003, p. 131-140.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Teorias da argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002.
- BRANCO, P. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público; Ed. Brasília Jurídica, 2002.
- CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- COELHO, Inocêncio M. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- DUTRA, Delamar J. V. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. **Veritas**, Porto Alegre, v. 51, n. 1, mar. 2006, p. 18-41.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
- GÜNTHER, K. **The Sense of Appropriateness**. Application discourses in morality and law. Trad: John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993.
- _____. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. **Doxa**. n.17-18, 1995. p. 271-302.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- _____. **Comentários à ética do discurso**. Trad.: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.
- MENDES, Gilmar F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- SORIANO, Leonor M. M. ¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. **Doxa**. n. 21-I. 1998. p. 193-208.

Recebido em: 07/08

Avaliado em: 09/08

Aprovado para publicação em: 11/08