

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA (IR)RACIONALIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL À LUZ DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Alexandre de Castro Coura

Sumário

1. Direito e Modernidade: A tensão entre faticidade e validade. 2. A questão e os questionamentos acerca da legitimidade da tutela jurisdicional no paradigma do Estado democrático de Direito. 3. Concepção normativa de coerência, imparcialidade, discurso de justificação e discurso de aplicação à luz da teoria de Klaus Günther. 4. Indeterminação do Direito e certeza jurídica: A Racionalidade das Decisões Judiciais a partir da distinção entre justificação e aplicação. 5. A “Tese do Caso Especial”. 6. Aspectos da Crítica à “Tese do Caso Especial”.

1 DIREITO E MODERNIDADE: A TENSÃO ENTRE FATICIDADE E VALIDADE

Após a ruptura com o paradigma pré-moderno, como destaca Carvalho Netto²⁷, as intuições da moral individual racionalista, vistas como verdades matemáticas inquestionáveis, se colocaram de forma a desestruturar toda a tradição, anteriormente consolidada, reduzida, com o advento da modernidade, ao plano de meros usos e costumes.

O direito, a partir de então, passou a representar toda uma normatividade específica, diferenciada e decorrente de idéias abstratas consideradas verdadeiras por evidência e impostas a todos, por meio de um recente aparato laico de organização política, os Estados nacionais.

Como bem ressalta Marcelo Cattoni²⁸, *o processo de modernização* – em que: dessacralizaram-se as imagens de mundo; configurou-se todo o aparato da ciência moderna; autonomizaram-se as esferas normativas; surgiram os subsistemas sociais do Estado e do mercado e, ainda, o conceito de indivíduo – *pode ser entendido como um processo de racionalização social, cultural e da personalidade.*

²⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Revista de Direito Comparado, vol. 03. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 477.

²⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 49 -50.

Considerando esse complexo contexto, no qual se inserem as sociedades modernas, o papel do Direito²⁹, por sua vez, é destacado Por Habermas em suas análises e explicitado por Cattoni da seguinte forma:

além de atender às exigências funcionais dos vários subsistemas sociais, através da sua função de estabilizar expectativas de comportamento temporal, social e materialmente generalizadas, ao Direito, em sua forma moderna, cumpre satisfazer as precárias condições de uma integração social que, em última análise, verifica-se não mais

²⁹ Segundo a teoria dos sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann, a sociedade representa um conjunto de subsistemas funcionalmente diferenciados, que vêm se especificando cada vez mais e, assim, incrementando toda a complexidade social verificada na modernidade. Em um de seus planos, a concepção de que as sociedades contemporâneas, cada vez mais complexas, se estruturam a partir de diferenciações funcionais das quais emergem subsistemas sociais que irão obedecer à sua própria racionalidade, proveitosamente reforça a necessária distinção entre direito, política, religião e moral, verificada a partir do surgimento da modernidade. Contudo, tendo em vista que, de acordo com Luhmann, cada subsistema opera com uma linguagem própria e se fecha operacionalmente em relação ao demais, o Direito, como qualquer outro subsistema, conseguiria, a partir de uma abertura cognitiva, apenas “irritar” os demais subsistemas, que integram o seu ambiente, não exercendo, dessa forma, o que poderia ser considerado um papel regulador, no âmbito das relações sociais. Nessa perspectiva, o Direito, incapaz de promover, por si só, a integração social, é relacionado com a esta bilização de expectativas de comportamento – o que se dá contrafactualmente, no sentido de que mesmo quando as normas jurídicas são descumpridas a validade destas e a expectativa de que sejam observadas são conservadas. Habermas, por sua vez, mesmo atestando o crescente incremento de complexidade das sociedades contemporâneas, atribui ao Direito o papel de integração social, tomando, como base de sua teoria, a superação da razão prática pela razão comunicativa e a reconstrução da tensão entre faticidade e validade na modernidade (Em relação à teoria dos sistemas, cf.: LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. Teoría de la sociedad. 7ª ed., Milano: Franco Angeli, 1995; LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985; LUHMANN, Niklas. A constituição como aquisição evolutiva. Trad. para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto; CORSI, Giancarlo et al. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Mexico: Universidad Iberoamericana; TEUBNER, Gunther, O Direito como sistema autopoiético Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989).

através de imagens religiosas de mundo, mas mediante aquisições de entendimento mútuo entre os sujeitos que interagem socialmente. O Direito Moderno desloca as expectativas normativas dos indivíduos para leis que assegurem a compatibilidade das liberdades subjetivas (grifos nossos).³⁰

Segundo Habermas, para a realização da função “intrínseca” do Direito é necessário desenvolver uma certeza jurídica que possibilite aos destinatários das normas calcular as conseqüências de seu próprio comportamento, bem como das outras pessoas:

Desse ponto de vista, as normas jurídicas devem assumir a forma de determinações compreensíveis, consistentes e precisas, como a de uma regra formulada por escrito; elas devem se tornar conhecidas de todos os destinatários, e assim regular as circunstâncias dadas em termos de suas características gerais e vinculá-las a conseqüências jurídicas de um tal modo que sejam aplicáveis da mesma forma a todas as pessoas e a todos os casos comparáveis.³¹

³⁰ CATTONI, Marcelo. Direito constitucional, op. cit., p. 51.

³¹ HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy. Traduzido por William Rehg. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, do original em alemão, Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994, p. 143. A tradução dos trechos da obra a serem apresentados foram realizadas a partir da edição em idioma inglês. Nesses casos, o texto em inglês será mantido nas respectivas notas de rodapé. A edição em português intitula-se Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução livre do que se segue: “From this point of view, legal norms must assume the form of comprehensible, consistent, and precise specifications, which normally are formulated in writing; they must be made known to all addressees, hence be public; they may not claim retroactive validity; and they must regulate the given set of circumstances of ‘fact situation’ in terms of general features and connect these legal consequences in such a way that they can be applied to all persons and all comparable cases in the same way.”

Habermas destaca, no entanto, como outra face dessa perspectiva, que uma teoria jurídica³² – discursiva, segundo sua proposta – move-se no interior dos limites das ordens jurídicas concretas e não pode ignorar os aspectos decorrentes da vinculação interna entre Direito e poder político, especialmente no que se refere à questão da *autorização jurídica e legitimidade* do emprego estatal da força.

Ainda que a racionalidade jurídica tenha ligado-se, anteriormente, de forma fundamental à idéia de coerção³³, Habermas salienta que, contemporaneamente, a necessária afirmação da legitimidade do sistema de direitos não decorre simplesmente do exercício da força ou domínio em uma ordem concreta, visto que as normas são consideradas legítimas na medida em que são passíveis de serem racionalmente sustentadas e aceitas por aqueles que, além de afetados por elas, devem sentir-se seus co-autores.

Assim, além do caráter vinculante das decisões do judiciário, deve-se, ainda, assegurar a realização ou cumprimento, a um só

³² Cf. HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms, op. cit., p. 197. Segundo Habermas, “a teoria jurídica permanece, acima de tudo, como uma teoria da prestação jurisdicional e do discurso jurídico”.

³³ Como afirma Baracho Júnior, o caráter propriamente jurídico de uma norma, nessa perspectiva, decorreria – como para Kelsen – “da possibilidade de imposição de uma sanção juridicamente organizada. A argumentação jurídica, portanto, desenvolveria-se a partir da possibilidade de aplicação de uma sanção através do aparato estatal” (BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 129; Cf.: KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986, p. 3-17).

tempo, de certas garantias no âmbito da aplicação do Direito para que a legitimidade do sistema jurídico não seja comprometida.

Nesse sentido, segundo Habermas³⁴, para que a prestação jurisdicional realize a função socialmente integradora do Direito e satisfaça, também, a pretensão de legitimidade deste, é necessário que as decisões, nesse âmbito, possam cumprir, simultaneamente, as condições de consistência e de aceitabilidade racional. Para tanto, devem, necessariamente, ser conciliados dois critérios no processo decisório, quais sejam: o princípio da certeza jurídica, que requer decisões consistentemente tomadas, não apenas em relação ao tratamento anterior de casos análogos, mas, também, de acordo com o *quadro da ordem jurídica vigente*; e a pretensão de legitimidade, que requer decisões racionalmente fundadas – de forma que os co-associados possam aceitá-las enquanto decisões racionais – nos fatos que integram o *caso concreto* de aplicação normativa.³⁵

Assim, nas sociedades modernas, em que o Direito deve cumprir a função de estabilizar expectativas de comportamento e, também, preservar uma conexão interna com um processo democrático através do qual os cidadãos se sintam co-autores das normas que os regem, verifica-se, de acordo com a instigante perspectiva em análise, a tensão entre faticidade e validade³⁶ que

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 198.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 198 -199.

³⁶ A questão de como é possível garantir a integração social em sociedades complexas relaciona-se justamente com a tensão entre faticidade e validade, verificada no processo de racionalização da modernidade. Assim, a partir da superação da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem, Habermas,

penetra a própria categoria do Direito, inclusive constituindo-a, e revela-se, segundo Habermas, como uma tensão entre o princípio da certeza, ou da segurança jurídica, e a pretensão de se tomar decisões justas, a partir de normas elaboradas e aplicadas racionalmente:

Por um lado, o Direito vigente ou positivo garante a imposição das expectativas de comportamento estatalmente sancionadas e, desse modo, a certeza do Direito; por outro lado, procedimentos de elaboração e de aplicação racional do Direito prometem legitimidade para as expectativas de comportamento assim estabilizadas³⁷ (grifos não constam no original).

Nesse contexto, Habermas³⁸ chega a afirmar que, independentemente da possibilidade de o aparato estatal executar coercitivamente as normas, estas devem ser passíveis ou, mesmo,

por meio da teoria do agir comunicativo que apresenta, atribui ao Direito a função de integração social. Destaca -se, contudo, segundo Habermas, que, “apoiada no princípio do discurso, a teoria do direito precisa sair dos trilhos convencionais da Filosofia política e do direito, mesmo que continue assimilando seus questionamentos”. Tendo em vista a realização da razão comunicativa, Habermas prossegue: “um conceito de razão transposto para o meio lingüístico e liberto da relação exclusiva com questões de ordem moral ocupa um lugar distinto na construção teórica; ele pode ser útil na reconstrução descritiva das estruturas de competência e de consciência anteriormente operativas, e pode se ligar a enfoques funcionais e a explicações empíricas”. [...] “o que torna possível a razão comunicativa é o instrumental lingüístico, através do qual as intererações se equilibram conjuntamente e as formas de vida são estruturadas”. [...] A racionalidade comunicativa expressa -se em um complexo descentralizado de condições transcendentemente configurativas, mas ela não é uma capacidade subjetiva que irá dizer aos atores o que devem fazer” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 3 e seguintes).

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 198. Tradução livre do que se segue: “On the one hand, established law guarantees the enforcement of legally expected behavior and therewith the certainty of law. On the other hand, rational procedures for making and applying law promise to legitimate the expectations that are stabilized in this way”.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 198 -199.

merecer cumprimento simplesmente por respeito ao Direito (*norms deserve legal obedience*), conclusão que se associa à referida pretensão de legitimidade, relacionada com os *procedimentos de elaboração e de aplicação racional do Direito* e, conseqüentemente, com a *aceitabilidade* deste por seus afetados.

Portanto, em relação à questão da racionalidade da prestação jurisdicional – que, no complexo e plural Estado Democrático de Direito, não mais pode se apoiar no *jusnaturalismo*, nem em uma suposta eticidade compartilhada, muito menos num “*plano divino*” –, deve-se destacar que a tensão entre a faticidade e validade, imanente ao Direito, requer que o processo de tomada de decisão, ou seja, a aplicação normativa, assegure tanto a referida certeza ou segurança jurídica, bem com a correção ou justiça do provimento.³⁹ Dessa forma, busca-se realizar a pretensão de legitimidade do Direito, de forma que o emprego da força pelo aparato estatal represente, ao invés de violência, uma auto-imposição, racionalmente aceita por uma comunidade de pessoas livres e iguais, que possam se sentir co-autoras das normas que as afetam. Afinal, deve-se considerar que, em última instância, seria até mesmo inviável obrigar todos, todo o

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 199. Nesse sentido, Carvalho Netto afirma que: “no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisão que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida com segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto” (CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica no estado democrático de direito, op. cit., p. 482).

tempo, a se submeterem a um direito não passível de aceitação, pois, para tanto, seria necessário colocar, no mínimo, um guarda atrás de cada cidadão e, conseqüentemente, um outro vigia atrás de cada guarda, e assim sucessivamente, até que, inevitavelmente, mais cedo ou mais tarde, tal aparato rui, e com ele, toda a infra-estrutura normativa que permeia a sociedade.

2 A QUESTÃO E OS QUESTIONAMENTOS" ACERCA DA LEGITIMIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nota-se que a opinião pública no Brasil tem explicitado, por inúmeras razões, uma insatisfação em relação à prática decisória do Judiciário, criticando, muitas vezes, o próprio teor ou conteúdo das decisões judiciais.⁴⁰ Destaca-se, então, que já é possível verificar repercussões dessa “pressão” até mesmo entre os juízes e tribunais

⁴⁰ Acerca do exercício do poder jurisdicional no Brasil, destaca-se a seguinte afirmação, realizada por Menelick de Carvalho Netto: “a crônica distância que separa a lei de sua aplicação no País é estrutural, pois não apenas se vincula e se explica pela trajetória de uma sociedade hierarquizada e excludente, que deixa à margem a maior parte da população, como ainda é, ela mesma, condição essencial à preservação dos privilégios e monopólios herdados que a caracterizam” (CARVALHO NETTO, Menelick de. A sanção no procedimento legislativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 207).

brasileiros. Nesse sentido, segundo pesquisa do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (Idesp), a “politização do Judiciário”, no sentido de descomprometimento dos juízes com o que é considerado, inclusive por eles mesmos, o direito vigente, em prol de alcançarem, cada qual por meio das sentenças que profere, o que lhes pareça “o socialmente justo”, tem aumentado consideravelmente, nos últimos anos. Tal informação, divulgada na Revista Época de 4 de agosto de 2003⁴¹, em artigo intitulado “Sentenças Políticas”, foi acompanhada das seguintes informações, integrantes do resultado da referida pesquisa:

Questionados se suas decisões são baseadas mais na visão política pessoal que numa interpretação rigorosa da lei, 50,9% dos juízes pesquisados responderam que isso ocorria ocasionalmente, 20,2% disseram que era freqüente e 3,9% que era muito freqüente, quase que uma norma.

Já em 1995 a professora Maria Tereza Sadek, ouvindo 570 juízes, constatara que 38% deles acreditavam que ‘o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei’. De lá para cá esse entendimento só se fez aumentar.

À questão se ‘o juiz tem um papel social a cumprir e a busca da Justiça social justifica decisões que violem os contratos’, em contraponto à interpretação de que ‘os contratos devem ser respeitados independentemente de suas repercussões sociais’, 73,1% dos magistrados consultados pelo Idesp cravaram a primeira opção (grifos não constam no original).

Se, por um lado, é possível perceber, de acordo com esse pesquisa, um aumento da preocupação dos juízes e tribunais para com as “questões de justiça”, deve-se, por outro, estar atento para que o

⁴¹ Revista Época nº 272, de 4 de agosto de 2003, p. 42.

próprio Direito vigente não seja considerado um impecílio à solução destas questões. Afinal, para que as sentenças sejam consideradas, pelos cidadãos, decisões racionais, aplacando-se, assim, o referido descontentamento social em relação ao Judiciário – que também repercute no interior deste órgão, impulsionando inclusive (auto)questionamentos dessa natureza – a atividade jurisdicional deve ser consistente e racionalmente fundada, o que requer decisões judiciais tanto coerentes com o Direito vigente quanto adequadas à respectiva situação de aplicação normativa.⁴²

Nesse sentido, Ronald Dworkin⁴³ analisa a preocupação social com o que chamou de “questão da fidelidade”, isto é, se os juízes estão sendo fiéis ao corpo de normas da comunidade, ou, em outros termos, se a decisão é uma criação ou apenas a descoberta de um direito já posto. Na Inglaterra e Estados Unidos, segundo Dworkin, a população, de uma forma geral, tem entendido que cabe ao juiz aplicar a lei e não tentar aperfeiçoá-la. Contudo, a discussão, adverte esse autor, se o juiz cria ou não o direito pode camuflar uma relevante questão, necessária, inclusive, para a definição dos limites e possibilidades do Judiciário em face das normas vigentes, qual seja: *o que é o direito?* Dworkin afirma, apresentando, para tanto, a tese do “Direito como Integridade”, que, a partir da própria indeterminação do Direito ou, em outros termos, de uma concepção principiológica do sistema jurídico, é possível correlacionar, na tarefa de julgar, o direito vigente e as questões

⁴² HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms, op. cit., p. 198 e seguintes.

⁴³ Cf. DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

de justiça, de forma que a consideração do contexto fático e social no qual a aplicação normativa é requerida não corresponda à um descumprimento do ordenamento jurídico democraticamente estabelecido.

Destaca-se, dessa forma, a complexidade acerca da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito, em que os juízes e tribunais, conscientes da indeterminação estrutural do Direito, tem que conciliar dois critérios no processo decisório, quais sejam: o princípio da certeza jurídica, que requer decisões consistentemente tomadas, não apenas em relação ao tratamento anterior de casos análogos, mas, também, de acordo com o quadro da ordem jurídica vigente; e a pretensão de legitimidade, que requer, de forma complementar à referência ao Direito vigente, decisões racionalmente fundadas nos fatos que integram o caso concreto de aplicação normativa, de forma que os co-associados possam considerá-las decisões racionais.⁴⁴

Portanto, no que se refere à nova postura do Judiciário, em que se busca a realização de justiça, considerar o contexto e os fatos que integram a situação de aplicação normativa, nada mais correto. Contudo, há de se destacar que a pretendida justiça igualmente depende de que tais decisões sejam tomadas de acordo com o sistema jurídico vigente.⁴⁵ Afinal, o Direito funda-se sob o princípio

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 198 -199.

⁴⁵ Cf. GOTTLIEB, Stephen E. *Morality Imposed – The Rehnquist Court and Liberty in America*. New York and London: New York University Press, 2000. Prefácio, p. IX e seguintes. Ao tratar da jurisdição constitucional norte-americana, Gottlieb analisa se a Suprema Corte dos EUA tem realmente fundado suas decisões no Direito e nos fatos que integram a situação de

democrático, que, por meio da institucionalização de procedimentos estruturados por normas democraticamente justificadas, deve assegurar a participação discursiva dos cidadãos no processo de tomadas de decisões, que envolvem, inclusive, sua própria produção.⁴⁶

Há de se destacar, no entanto, que a legítima pressão social que decorre da insatisfação relacionada à tutela jurisdicional, pode também se prestar a um perigoso papel, no que se refere à (re)definição dos limites e possibilidades do Judiciário, especialmente em face de um direito cuja indeterminação estrutural é amplamente reconhecida. Nesse sentido, impulsos tais como o de se atribuir ao Judiciário o papel de crítico político ou ideológico do Legislador, através, por exemplo, de um controle de razoabilidade das leis, ou, ainda, a função de um “guardião” dos valores da sociedade, que tenha, inclusive, o poder de decidir a medida ou intensidade de realização dos direitos fundamentais, reduzidos ao “limite do possível”, em face dos bens ou interesses cuja realização passa a ter curso no momento da aplicação normativa⁴⁷, podem ser reforçados, ou até mesmo retoricamente justificados, em prol de se alcançar um respaldo popular imediato, que não deve ser confundido com democracia e cujo preço não tem sido devidamente problematizado, mas, pelo contrário, desconsiderado, e justamente porque é alto demais, visto

aplicação (“we like to think of judges and justices as deciding cases on the facts and the law”).

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 28 7 e seguintes.

⁴⁷ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Retorno às Tradições: A Razoabilidade como Parâmetro Constitucional*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite

que se refere diretamente a questão da (i)legitimidade da tutela jurisdicional.

Sendo assim, como é possível, nesse complexo contexto, estabelecer quais são os limites e possibilidades para uma constitucionalmente adequada atuação do Judiciário, em que este preserve tanto sua imparcialidade quanto a racionalidade de suas decisões, em face dos desafios que se apresentam?

Klaus Günther⁴⁸ incrementa de forma valiosa essa discussão ao voltar-se para a distinção teórico-argumentativa entre os discursos de justificação e de aplicação das normas. Partindo, então, da análise de normas morais e referências à ética do discurso, Günther⁴⁹ introduz uma concepção normativa de coerência e demonstra como “justificação” – relacionada à validade – e “aplicação” – relacionada à adequação da norma ao caso concreto – podem ser analisadas como dois procedimentos discursivos distintos que dão origem a aspectos diferentes do princípio da imparcialidade. Nota-se que, de acordo com essa perspectiva, enquanto a justificação imparcial requer um

(coordenador). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁴⁸ GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness – Application Discourses in Morality and Law*. Trad. Jonh Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 239 e seguintes.

⁴⁹ Cf. GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. In *Cadernos de Filosofia Alemã* 6, 2000, p. 85 -102. Tradução elaborada a partir de uma versão abreviada e no idioma inglês apresentada por Klaus Günther do seu texto “Ein Normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der Juristischen Argumentation” publicado em *RechtsTheorie* 20, 1989. A versão em inglês intitula-se “A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification”, tendo sido publicada em *Ratio Iuris* 2-2, 1989.

procedimento por meio do qual todos os interesses envolvidos sejam levados em consideração, a aplicação imparcial demanda um procedimento no qual todas as características de uma situação, descrita de forma mais completa possível, sejam consideradas. Assim, em decorrência da própria descrição completa de um caso concreto exige-se uma interpretação coerente de todas as normas válidas e *prima facie* aplicáveis, o que necessariamente está relacionado a um determinado paradigma.⁵⁰

Verifica-se, dessa forma, que uma norma legítima só deve ser aplicada em face de um juízo singular, ou seja, se for considerada singularmente apropriada ao caso em tela. Logo, a legitimidade *prima facie* de uma norma significa apenas que ela foi imparcialmente justificada ou fundamentada, o que não dispensa um juízo posterior de aplicação imparcial que conduza a uma decisão legítima para cada caso, isto é, a validade da norma, por si só, ainda não garante, como também Habermas ressalta⁵¹, a justiça, que deve se realizar em face de cada situação aplicação normativa ou caso concreto.

Destacando a necessidade de uma *argumentação de adequabilidade*, tendo em vista a própria indeterminação do Direito, Günther afirma:

a indeterminação não é um problema da estrutura da norma; ela é simplesmente parte da exigência de imparcialidade no procedimento de aplicação normativa. Se uma norma só pode ser aplicada imparcialmente caso sejam consideradas todas as características do caso concreto, então toda norma é

⁵⁰ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 85.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 217.

indeterminada. Assim, nós temos, para com toda norma, uma obrigação de alcançar uma argumentação de adequabilidade, independentemente de quão determinadas essas imutáveis circunstâncias, sob as quais a norma foi considerada válida, são.⁵²

Sendo assim, serão mais detidamente analisados, em seguida, como aspectos relevantes da teoria de Günther, a noção de que o princípio da coerência é critério que não se refere à verdade ou correção de uma norma, mas à adequação de sua aplicação a um caso; a necessidade da distinção entre justificação (*Begründung*) e aplicação (*Anwendung*); a relação entre imparcialidade e o princípio da coerência; e as conseqüências da transposição dessas reflexões, inicialmente realizadas no contexto da ética do discurso, para o âmbito da argumentação jurídica.

Acerca deste último aspecto, tendo em vista que Günther toma a argumentação jurídica de adequabilidade como um caso especial da argumentação moral – o que, além de menosprezar o relevante papel desempenhado pelo direito processual no que se refere à prestação jurisdicional, sugere uma perigosa *subordinação do Direito à Moralidade* – apresentar-se-á, ainda, uma crítica à difundida “tese do caso especial”.

⁵² GÜNTHER, Klaus. The sense of appropriateness, op. cit., p. 274. Tradução livre do que se segue: "indeterminacy is not a problem of norm structure; it is simply a circumscription of the procedure of impartial application. If a norm can be applied impartially only on considering all the situation features, then the property of indeterminacy applies to every norm. Thus, with every norm we have an obligation to enter an appropriateness argumentation, and indeed

independently of how 'determinate' those unchanging circumstances are under which the norm was recognized as valid. "

3 CONCEPÇÃO NORMATIVA DE COERÊNCIA, IMPARCIALIDADE, DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO E DISCURSO DE APLICAÇÃO À LUZ DA TEORIA DE KLAUS GÜNTHER

Segundo Günther, uma justificação discursiva de normas válidas tem que assegurar que a observância geral de uma norma represente um interesse universal, ou seja, uma norma seria justificada se todos pudessem aceitá-la devido às razões apresentadas. Habermas⁵³ ressalta que tal justificação discursiva pressupõe que algumas condições ideais de argumentação sejam realizadas, dentre as quais Günther destaca “as regras assegurando a participação livre e igual de todos os envolvidos”⁵⁴, pois, segundo este autor, somente se for observada tal regra “pode existir esperança de que um consenso sem coação e racionalmente motivado ocorra. Satisfeita esta condição, a reciprocidade universal da validade da norma estará assegurada.”⁵⁵

A partir da teoria de Günther, em que a imparcialidade na justificação da norma deve ser complementada pela imparcialidade em sua aplicação, é desnecessário supor uma condição de justificação,

⁵³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., cap. 06.

⁵⁴ GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica*, op. cit., p. 86.

⁵⁵ GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa de coerência para a teoria discursiva da argumentação jurídica*, op. cit., p. 86 -87.

tão ideal quanto irreal, na qual os participantes possam dispor de conhecimento ilimitado e tempo infinito de forma a considerar previamente cada uma das situações nas quais um interesse possa ser violado. A suposição de que todos os casos concretos possíveis de aplicação devessem ser anteriormente levados em consideração se choca de imediato com limites cognitivos e temporais. Qualquer consideração relativa à justificação da validade de uma norma necessariamente fica restrita a alguns tipos de situação que podem ser previstas contemporaneamente e usadas para ilustrar um discurso, de modo a demonstrar apenas algumas das conseqüências e efeitos possíveis.

Ao tratar como procedimentos distintos o ato de *justificar* e o de *aplicar* uma norma imparcialmente, Günther define seu entendimento pragmático da validade de maneira que esta não dependa da aplicabilidade da norma a todos os casos, buscando transcender a suposição irrealista referida e expandir o significado da razão prática, que passa a contemplar, além da imparcialidade da justificação, também a imparcialidade da aplicação.⁵⁶

⁵⁶ Dissociando a validade normativa da consideração irreal de que os participantes de um discurso teriam conhecimento ilimitado e tempo infinito, Günther afirma: “Mas parece incerto – e aqui está outro problema conceitual – se este enlace é necessário. A tese que pretendo desenvolver é que queremos dizer coisas diferentes quando dizemos que estamos justificando uma norma imparcialmente e quando dizemos que estamos aplicando uma norma um caso imparcialmente. Se for possível apontar que nosso entendimento pragmático da validade de uma norma não contém sua aplicabilidade a todos os casos, então não precisaremos mais da suposição irrealista. Uma outra conseqüência seria uma expansão do significado da razão prática: ele não contém somente a imparcialidade da justificação, mas também a imparcialidade da aplicação.”

Se tal distinção é desconsiderada, o princípio da universalidade⁵⁷ proposto pela ética do discurso pode ser mal compreendido no sentido de que seria exigido que somente uma “norma perfeita”, elaborada com a consideração de todos os possíveis casos concretos e de forma a regular, por si mesma, exatamente todas hipóteses de sua aplicação, fossa submetida com sucesso à prova.⁵⁸

Deve-se ressaltar, no entanto, que para Klaus Günther existe um conjunto de casos nos quais as incompatibilidades entre normas são relevantes no âmbito da justificação, podendo comprometer a validade normativa. Tais casos referem-se às situações em que determinada norma choca-se sempre, em qualquer caso de aplicação, com outra norma.⁵⁹ Deve-se, nesses casos, verificar se a norma é

(GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 86 -87).

⁵⁷ Klaus Günther destaca que o princípio da universalidade, fundamentalmente, visa uma troca de papéis entre o agente e a pessoa envolvida pela ação buscada. Trata-se de uma espécie de “regra de ouro” que exige do agente que se coloque de forma imparcial no lugar dos afetados pela ação a ser realizada. Tenta -se estabelecer critérios que permitam responder à questão de saber se as razões dadas em favor da justificação de uma ação são razões morais convincentes, ou, à luz da teoria de Günther, se tais razões podem “em geral” justificar uma ação do ponto de vista moral (Cf. GÜNTHER, Klaus. Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale. Trad. do alemão por Hervé Pourtois. In Archives de philosophie du droit, tome 37. Droit et économie publié avec le concours du C.N.R.S, 1992, p. 276 -277).

⁵⁸ Klaus Günther afirma que “si l’on néglige cette distinction, on court le danger de mécomprendre le principe d’universalité proposé par l’éthique de la discussion, au sens où celui-ci exigerait la mesure à l’épreuve d’une «norme parfaite» qui pourrait régler elle-même chaque cas singulier de sa propre application.” (GÜNTHER, Klaus. Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale, op. cit., p. 277).

⁵⁹ Ao afirmar que a validade de uma norma não depende da referência a todas as hipóteses de aplicação, Klaus Günther destaca: “cela ne signifie toutefois pas que les situations possibles d’application ne joueraient absolument plus aucun

realmente válida, ou, no âmbito da ética do discurso, se a norma moral contempla realmente um interesse universalizável.

Lembrando determinadas situações em que normas morais, referentes a interesses claramente universalizáveis, se opõem, Klaus Günther busca demonstrar como a questão da validade normativa deve ser tratada. A partir das normas “não quebre a promessa”, que encerra um dever de sinceridade, e “ajude ao próximo num caso de emergência”, relativa a um dever de assistência, apresenta-se, então, uma hipótese em que seria necessário deixar de realizar uma promessa para que fosse possível ajudar alguém. Nesse exemplo, a norma “não quebre uma promessa” deixa de ser aplicada sem, contudo, ter sua validade comprometida, no sentido de que ainda seria possível aceitar ambas as normas como válidas apesar de se constatar a existência de casos em que estas “confrontam-se”, afinal não é em toda situação que a aplicação de qualquer uma delas configuraria tal “concorrência”.

Ainda, em relação à necessária referência, das normas válidas, a um interesse universalizável, Günther ressalta que os sujeitos que tenham interesse de que uma promessa seja cumprida provavelmente também esperam ou, ao menos, desejam que se ajude aqueles que careçam de socorro - e a recíproca verdadeira. Por isso, uma norma do tipo “você está autorizado a quebrar uma promessa, sempre que puder levar vantagem” não poderia, com base nos argumentos expostos, ser

rôle dans la justification de la validité d’une norme. Il y a une classe de cas pour laquelle les incompatibilités entre normes sont relevantes pour la norme contestée se heurt toujours à la même autre norme” (GÜNTHER, Klaus. Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale, op. cit., p. 278).

considerada válida. Afinal, ao contrário do que ocorre no exemplo anterior, a observância de tal norma violaria, de uma forma geral, o interesse universalizável daqueles que contam com uma promessa feita.⁶⁰

Observa-se, então, que Klaus Günther⁶¹ recorre, para a justificação das normas, ao que pode ser chamado de uma *versão fraca do Princípio de Universalização (U)*, segundo a qual *uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais que decorram de sua observância geral, sob circunstâncias invariáveis, podem ser aceitas por cada indivíduo, cujos interesses estão em jogo.*

Günther destaca que a existência de diversas circunstâncias, além daquelas levadas em consideração num discurso de justificação, não é comprometedor da validade normativa, desde que tais circunstâncias não sejam as que se repetem igualmente em todos os casos sujeitos à regulamentação.

Dessa forma, os interesses representados por outras normas válidas, desde que não se choquem sempre com o interesse representado pela norma avaliada, não precisam ser examinados no discurso de justificação visto que o confronto não configura uma circunstância comum a todos os casos. O conceito de validade está restrito à reciprocidade de interessem em condições constantes,

⁶⁰ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 88.

⁶¹ GÜNTHER, Klaus. The sense of appropriateness, op. cit., p. 29 e seguintes.: "A norm is valid if the consequences and side effects arising for the interests of each individual as a result of this norm's general observance under unchanging circumstances can be accepted by everyone."

gerais. Tais condições devem, no entanto, ser complementadas com a descrição completa da situação quando a aplicação da norma se faz necessária, o que, segundo Klaus Günther, é possível por meio do *discurso de aplicação*.⁶²

No *discurso de aplicação* outras pretensões normativas igualmente válidas e à primeira vista cabíveis ao caso devem ser consideradas como *argumentos*, não contra a validade de determinada norma, mas contra sua *adequação* ao caso, descrito de forma completa.⁶³ Assim, de acordo com Klaus Günther:

Se o conceito de validade é restrito àquelas circunstâncias pressupostas como constantes, agora compreendemos porque os casos interessantes de colisão não tem nada a ver com *validade*, mas com a *adequação* de uma norma que é *prima facie* aplicável. O erro que fizemos com o ideal de uma norma perfeita foi ter subsumido o conceito de adequação ao conceito de validade. Esta diferença tem um efeito colateral que pretendíamos alcançar: estamos agora prontos a dispensar as condições de conhecimento ilimitado e tempo infinito como requisitos necessários dos discursos de validade. Normalmente estamos aptos a prever por meio de nosso conhecimento dado num limitado espaço de tempo, quais conseqüências e efeitos vão originar-se da observância geral de uma regra em circunstâncias constantes.⁶⁴

Quanto à eventual objeção que questione a força vinculante ou normatividade de imperativos aplicáveis apenas *prima facie*, opõe-se a idéia de que, devido ao ônus de argumentação dos participantes, é

⁶² GÜNTHER, Klaus. The sense of appropriateness, op. cit., p. 243 e seguintes; GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 90.

⁶³ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 90.

necessário que no *discurso de aplicação* sejam levadas em consideração todas as normas válidas e à primeira vista cabíveis, sejam como razões favoráveis ou como razões contrárias a determinado julgamento. A “cláusula *prima facie*” apenas significa que será insuficiente argüir que uma norma válida é realmente aplicável a um caso sem que antes seja realizado o “ônus recíproco de argumentação”, decorrente da própria cláusula. Segundo Günther, “devido a este ônus de argumentação, os participantes são obrigados a dar boas razões para a modificação ou derrogação de outras normas que poderiam ser aplicadas a uma situação descrita de modo completo”.⁶⁵

Rechaçando outra possível objeção à sua teoria, Günther destaca a relevância da distinção entre justificação e aplicação afirmando que uma pretensão de se realizar um discurso de justificação em cada uma das situações, diretamente, é inadequada. Essa pretensão reduziria a validade da norma a apenas o caso tomado, fazendo-se “*tabula rasa*” de cada situação, ao se eliminar a idéia de que as normas válidas são gerais, para todos os casos, embora apenas *prima facie* aplicáveis.⁶⁶

Após tratar da distinção entre justificação de uma norma válida e aplicação adequada da mesma a um caso concreto, vale destacar

⁶⁴ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 91.

⁶⁵ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 91.

⁶⁶ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 91 -92.

mais detidamente o chamado *critério de adequação* e a respectiva argumentação de aplicação normativa.

Deve figurar como pressuposto do discurso de aplicação que as razões sejam normas válidas. Esse discurso, diferentemente do de justificação, relaciona-se com a discussão acerca da referência da norma a uma situação. É, por esse motivo, necessário considerar todas as normas válidas *prima facie* aplicáveis com respeito ao que seria uma descrição completa da situação.

Günther⁶⁷ afirma que, já fora do discurso de justificação, a interpretação semântica surge como primeira questão ao proponente que defende a aplicação de uma norma a uma situação. Essa necessária referência à identidade de significado entre expressões contidas na norma e a descrição do caso é apontada com condição para o que determinados autores chamam de justificação interna e, além disso, para a justificação de um julgamento. No caso de dúvida, existe, ainda, o recurso que busca amparo em outras fontes do direito *lato sensu* como, por exemplo, a jurisprudência. Tal prática é também conhecida como justificação externa.

Tendo em vista que, com a fixação do significado, algumas características do caso são determinadas como relevantes, enquanto outras nem tanto, deve-se justificar também esse ato seletivo. Afinal, além do sentido de textos, é necessário interpretar também a situação de aplicação da norma. Dessa forma, além da interpretação semântica, é necessário justificar a (ir)relevância de determinadas circunstâncias

que integram a descrição da situação. Essa descrição deve ser a mais completa possível, de forma a considerar todas as circunstâncias da situação e todas as normas válidas *prima facie* aplicáveis, para que seja possível declarar fundamentadamente qual dentre as possíveis interpretações ajusta-se melhor ao caso.⁶⁸

Günther⁶⁹ pretende, por meio da concepção de *adequação*, viabilizar a reconstrução racional das pré-compreensões (*vorverständnis*) subjacentes à atividade de interpretação e aplicação das

⁶⁷ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 93.

⁶⁸ GÜNTHER, Klaus. Um a concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 93.

⁶⁹ Ressaltando que a atividade de interpretação não se restringe ao significado de expressões contidas na norma, K. Günther afirma: "portanto, não é ape nas a indeterminação do significado de uma expressão incluída na norma que nos dá um motivo para procurar por uma interpretação. Esta é uma razão pela qual não concordo completamente com a tese de Aarnio de que não existe diferença entre 'interpretação de norma orientada pelo texto' e 'interpretação de norma orientada por problema' (Aarnio 1, p. 47s). Eu acho que esta tese é incorreta se somente as justificações internas e externas são permitidas. Aarnio des creve o processo de justificação com o seguinte exemplo: 'A lei Li expressa a norma: 'Se F1, então G1 deve ser'. Um jurista A deu sua opi não (ponto de vista) a respeito da lei Li na forma: no caso de f tem que ser G1. Vamos chamar este ponto de vista, interpretação II [...]. Uma questão natural nest a situação é a seguinte: Por que a consequência G1 deve estar conectada apenas ao fato f? O jurista A deve responder que o termo 'F1' 'no texto legal significa 'f e apenas isto'" (Aarnio 1, p. 120). Todas as justificações posteriores são do tipo externo, isto é, elas dizem respeito apenas à validade desta interpretação. Mas a questão do opo nente ainda não foi respondida completamente. 'No caso de f pode riam existir - mesmo num caso hipotético como este - algumas outras normas como Lk, Lm etc., aplicáveis *prima facie*. Então, poderia acon tecer que também G2, G3 etc. deversem ser aplicadas neste caso. Mas não podemos considerar estas normas sem imaginar a totalidade de suas características 'no caso de f'. Então, temos que mostrar que II é a interpretação adequada 'no caso de f'" (GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 94).

normas e, conseqüentemente, à (des)consideração de determinadas circunstâncias que integram a situação de aplicação da norma. Tendo em vista o critério de adequação, é possível afirmar que, embora possam ocorrer diversas justificações para a aplicação de uma norma, apenas a justificação construída a partir de uma interpretação coerente de todas as normas *prima facie* aplicáveis a uma descrição completa do caso é adequada.⁷⁰

Como exemplo de interpretação e coerência normativa, Günther⁷¹ retoma a situação em que um indivíduo deixa de cumprir uma promessa para salvar a vida de um amigo. É possível justificar o julgamento somente fazendo-se referência à norma "em caso de emergência, deve-se ajudar um amigo". Contudo, apesar de não existir dúvida sobre a identidade de significado das expressões contidas na norma e sua relação com a situação, a justificação adequada deve ser ainda mais complexa, de forma a considerar todas as outras normas válidas e *prima facie* aplicáveis a uma descrição completa da situação, como, por exemplo, a norma "promessas devem ser mantidas". O proponente que defende a adequação da norma "em caso de emergência, deve-se ajudar um amigo" tem, então, que assumir esse "*ônus de argumentação*", devendo cuidadosamente analisar, inclusive,

⁷⁰ Assim sendo, o ônus da argumentação requerido implica em realizar uma interpretação coerente de todas as normas válidas passíveis de aplicação a uma situação que deve necessariamente ser descrita de modo completo.

⁷¹ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 95.

*se as normas em conflito são realmente incompatíveis no caso*⁷².

Determinadas explicações, que, segundo Günther⁷³, possuiriam característica de princípios, possibilitam esgotar o conteúdo proposicional das normas por meio de uma interpretação coerente. Dessa forma, é possível argumentar, por exemplo, que a “instituição promessa”, em condições constantes, das quais não se afasta a situação de aplicação dada, não tem o propósito de impedir uma ação que salve uma vida.

É relevante ressaltar que a cláusula *prima facie* aplicável não compromete a força normativa ou normatividade, visto que considerar que uma norma não é adequada a uma situação descrita de forma completa é diferente de descumprí-la. O ônus de argumentação implica na reafirmação da validade da norma considerada não adequada à determinada situação e, conseqüentemente, da possibilidade de que ela seja aplicada em outros casos. Como destaca Günther, “apenas devido à obrigação de aplicar normas válidas de uma maneira coerente a situações descritas completamente, pode ser assegurado que normas válidas não sejam restringidas ou postas de lado *sem qualquer razão*”⁷⁴.

A realização do juízo de adequação normativa em um caso concreto não pode produzir uma “regra de prevalência”,

⁷² GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 95.

⁷³ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 95.

⁷⁴ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 96.

necessariamente aplicável as demais situações, visto que estas contém suas próprias peculiaridades. Novas situações representam, muitas vezes, desafios, no sentido de requerem uma atualização das interpretações, realizadas sempre em um paradigma específico⁷⁵ e em busca da coerência do sistema normativo⁷⁶. O discurso de aplicação representa, então, o processo pelo qual se busca a realização da pretensão de um sistema ideal coerente de normas válidas, ou seja, um sistema não contraditório que possibilite uma resposta adequada para cada caso.

Observa-se, de acordo com essa teoria, que também o sistema jurídico de uma sociedade tem que ser interpretado como um sistema de normas válidas, em última análise, coerente. Nesse sentido,

⁷⁵ Como afirma K. Günther, “estes paradigmas são determinados por uma forma de vida comum, que é partilhada. Então, por exemplo, toda forma de vida tem sua própria regra de prioridade a respeito da relação entre liberdade e igualdade. Apesar disso, dois aspectos destes paradigmas podem ser criticados por meio do discurso, independentemente de qual seja a forma de vida: a validade das normas singulares, se os interesses estão se alterando, e a relação de coerência entre as normas válidas, se as descrições das situações estão se alterando” (GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 97).

⁷⁶ Klaus Günther declara que “nunca alcançaremos este ideal de um sistema coerente de todas as normas válidas. Estamos trabalhando na sua realização aproximada em toda situação na qual a descrição completa altera a matriz das normas conflitantes. Se toda norma válida requer um complemento coerente com todas as outras normas que podem ser aplicadas *prima facie* à situação, então o significado da norma está se alterando em cada uma das situações. Desta maneira, dependemos da história, cada momento que encaramos uma situação que não poderíamos prever e que nos força a alterar nossa interpretação de todas as normas que aceitamos como válidas. Por outro lado, estamos antecipando o fim da história com o ideal de um sistema coerente de todas as normas válidas que permitem uma única resposta correta a cada situação. Mas, na realidade, temos somente ‘paradigmas’, que consistem em normas válidas e transitivamente ordenadas” (GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 97).

Günther afirma que, *assim como ocorre no âmbito da moral, um sistema jurídico tem que ser composto por normas válidas, no sentido de uma teoria do discurso, e considerado coerente e capaz de possibilitar uma resposta adequada a todos os casos.*⁷⁷

4 INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E CERTEZA JURÍDICA: A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA DISTINÇÃO ENTRE JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO

Buscando sintetizar a distinção entre os discursos de justificação e de aplicação e a relevância do *sendo de adequabilidade* no processo decisório, Jürgen Habermas afirma:

Discursos de aplicação não se referem à validade das normas, mas à sua pertinência à situação. Visto que cada norma contempla somente características específicas de um

⁷⁷ Contudo, diferentemente do que ocorre em relação a um sistema coerente de normas morais, o sistema jurídico é caracterizado, na perspectiva de Klaus Günther, pelo seguinte aspecto: nem um discurso de justificação nem um discurso de aplicação asseguram que as normas válidas sejam realmente observadas por todos. Nesse sentido, Günther prossegue declarando: “uma expectativa correspondente somente pode ser estabilizada, se existir segurança jurídica numa sociedade e as decisões jurídicas puderem ser previstas por todos.” [...] “De acordo com minha sugestão, podemos agora dizer que a coerência da interpretação de uma norma está somente representando o ideal de um sistema, em última análise, coerente. Sempre que usarmos as regras e formas de justificação externa, estamos nos referindo a este ideal ao menos implicitamente” (GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 98).

caso individual situado no mundo-da-vida, o discurso de aplicação deve determinar quais descrições dos fatos são relevantes e suficientes para a interpretação da situação em um caso controverso; também deve-se determinar qual dentre as normas legítimas e *prima facie* aplicáveis é a adequada, uma vez que todas as características significativas da situação tenham sido registradas da forma mais completa possível.⁷⁸

Dessa forma, Habermas⁷⁹ destaca como o processo hermenêutico configura o entrelaçamento de uma descrição da situação de aplicação com uma concretização de normas gerais, referindo a concepção de Günther, segundo a qual a justificação de um juízo singular deve se fundar no conjunto de todas as razões pertinentes que sejam relevantes em um dado ponto com vistas a uma interpretação completa da situação.

Assim, como afirma Habermas, se a “competição” entre normas levada em conta no processo interpretativo conduzir a afirmação da existência de uma “contradição” no próprio sistema de normas, ter-se-ia confundido a validade de que goza uma norma justificada, fundamentada, com a “adequabilidade” de sua aplicação a um caso concreto. A indeterminação das normas legítimas ou válidas explicada em termos teórico-argumentativos resulta, ao contrário, na

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms, op. cit., pp. 217-218. Tradução livre do que se segue: “Discourses of application concern not the norm’s validity but its appropriate reference to a situation. Because each norm selects only specific features of an individual case situated in the lifeworld, the application discourse must determine which descriptions of the facts are significant and exhaustive for interpreting the situation in a disputed case; it must also determine which of the *prima facie* valid norms is the appropriate one once all the significant features of the situation have been apprehended as fully as possible”.

afirmação de uma tensão entre normas que se apresentam como candidatas para reger um determinado caso. Nesse sentido, Klaus Günther afirma:

o conflito de normas não pode ser reconstruído como um conflito de pretensões de validade porque as normas em conflito ou variantes de sentido concorrentes adentram uma relação reciprocamente determinante somente em face de uma situação concreta. Um discurso de justificação deve se abstrair precisamente dessa propriedade de dependência situacional dos problemas de colisão normativa. Deixando de lado o caso de inconsistência lógica ('Você não deve mentir, em face de qualquer circunstância' *versus* 'Você deve mentir em face de certas circunstâncias'), conflitos entre normas não são previsíveis, tendo em vista que não conhecemos todas as possíveis situações de aplicação, nem todas as combinações possíveis das características nessas situações. Apenas em cada situação de aplicação é possível saber quais normas ou variações de significado são possivelmente aplicáveis.⁸⁰

A proposta de Günther reveste, dessa forma, a coerência idealmente justificada do sistema jurídico de um significado distinto, se abrindo, ainda, à pretensão de reconstrução racional do Direito vigente, presente na teoria de Dworkin, de tal modo que esse Direito

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 217.

⁸⁰ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*, op. cit., pp. 239 -240. Tradução livre do que se segue: "the conflict of norms cannot be reconstructed as a conflict of validity claims because conflicting norms or competing semantic variants enter a relation with one another only in a concrete situation. A justification discourse would have to abstract from this very property of the problem of a conflict of norms, namely, from its situational dependency. Leaving aside the case of a logical inconsistency ('You ought not to lie under any circumstances' versus 'You ought to lie under some circumstances'), conflicts of norms are not foreseeable since we know neither all the application situations nor all possible constellations of features in situations. What other norms or semantic variants are possibly applicable can only be known in the particular situation itself."

admita precisamente uma única decisão correta para cada nova situação de aplicação.

Tendo em vista que a relação entre as normas válidas se altera de acordo com a combinação de características prevalentes que se apresentem à cada situações de aplicação, a indeterminação do Direito, relacionando-se com a referida distinção entre justificação e aplicação normativas, reflete-se, segundo Habermas, nos graus de flexibilidade do conjunto de princípios, no sentido que estes só ingressam em uma tessitura específica de sua correlação após a determinação inequívoca da referência situacional da norma preponderantemente apropriada. Prosseguindo em sua consideração, Habermas ressalta:

Evidentemente, esta teoria da coerência do Direito só pode evitar a indeterminação supostamente decorrente da estrutura contraditória do sistema jurídico tornado-se (*a própria teoria*) algo também indeterminado. Mas como uma teoria assim seria capaz de instruir uma prática decisória que pretenda garantir a certeza do Direito?⁸¹

O próprio Habermas⁸² demonstra que tal questão só pode ser apropriadamente respondida *mediante a problematização da certeza do Direito*. A teoria jurídica em análise garante a certeza do Direito – afirmando, até mesmo, a possibilidade de "única resposta correta" – numa perspectiva procedimental, em que se deve assegurar a cada

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 219. Tradução livre do que se segue: "Evidently, this coherence theory of law can avoid the indeterminacy supposedly due to the contradictory structure of the legal system only at the cost of the theory itself becoming somehow indeterminate. Yet how can such a theory inform a decision making practice intended to guarantee the certainty of law?"

pessoa um procedimento equânime que, por sua vez, garanta, para além da mera certeza de seu resultado, o esclarecimento discursivo dos fatos pertinentes e das questões jurídicas, de forma que os possíveis afetados pelo provimento possam contar com o fato de que, no processo de tomada de decisão, somente as razões relevantes sejam racionalmente, e não arbitrariamente, consideradas.

Dessa forma, destaca-se que, caso o sistema jurídico vigente seja encarado, e racionalmente reconstruído, como um sistema de normas coerentes, a *certeza jurídica, procedimentalmente assegurada*, poderá, como atesta Habermas, satisfazer a expectativa de uma comunidade voltada para a sua integridade e orientada por princípios, de modo que sejam assegurados a cada um os seus direitos. A previsibilidade do resultado do procedimento, por sua vez, afirma-se na medida em que as decisões sejam tomadas tendo em vista, de forma crítica e racionalmente fundada, o paradigma pertinente, em que se afirma uma compreensão de fundo amplamente compartilhada entre os membros de uma comunidade de pessoas livres e iguais sob a égide do Direito.⁸³

Assim, a partir de pré-compreensões paradigmáticas do Direito – embora estas apenas limitem a indeterminação da tomada de decisões teoricamente guiada – é possível garantir uma medida suficiente de certeza jurídica, tendo se em vista a premissa de que as tais pré-compreensões são intersubjetivamente compartilhada pelos

⁸² HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 220 e seguintes.

⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., pp. 220-222.

co-associados jurídicos e expressam uma auto-compreensão constitutiva da identidade da comunidade jurídica.⁸⁴

5 A “TESE DO CASO ESPECIAL”

De acordo com Robert Alexy⁸⁵, “a interpretação da racionalidade jurídica do discurso teórico encontra sua expressão mais

⁸⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 223. Verifica-se que Habermas critica o que seria uma “compreensão monológica” de Dworkin, acerca do papel do juiz Hércules, destacando que uma compreensão procedimentalista do Direito reconhece, desde o início, uma competição discursivamente regulada entre distintos paradigmas e, por esse motivo, um esforço cooperativo é requerido no sentido de eliminar a suspeita de ideologia que paira sobre uma tal compreensão de fundo. Assim, Habermas ressalta que o juiz singular deve conceber sua interpretação construtiva fundamentalmente como uma pressuposição comum, mas que deve ser levada adiante pela comunicação pública dos cidadãos (HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., pp. 223-224). Assim, Habermas propõe, como alternativa, reforçando o que chama de crítica da teoria solitica do Direito de Dworkin, a conformação de uma teoria da argumentação jurídica, que busque fundamentar a aplicação dos princípios portadores do principal impacto das exigências ideais que antes recaíam sobre Hércules. Habermas levanta a questão de se saber se tais exigências ideais que, na perspectiva de Dworkin, recaem sobre a teoria do Direito não deveriam ser traduzidas em exigências ideais de um procedimento cooperativo de formação da teoria, ou seja, em exigências acerca de um discurso jurídico que leve em conta igualmente tanto o ideal regulador de decisões singulares e corretas, quanto a falibilidade da efetiva prática decisória, considerando, ainda, a própria estrutura do processo argumentativo, concepção que repousa, como afirma o próprio Habermas, em uma “racionalidade acentuadamente procedimental”, segundo a qual as propriedades constitutivas da legitimidade de uma decisão judicial não são buscadas apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da conexão de enunciados, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de justificação da decisão. Dessa forma, Habermas afirma que a constatação ou verificação de que as condições de legitimidade da decisão foram, ou não, realizadas é algo que só pode ocorrer discursivamente, ou seja, mediante uma justificação argumentativamente desenvolvida (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 225 e seguintes).

significativa na tese do caso especial. A tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático” [...], ou seja, de que os discursos jurídicos podem ser caracterizados como um subconjunto dos discursos prático-morais que se vinculam ao Direito vigente.⁸⁶

Referindo-se, ainda, à questão da relação entre *argumentação jurídica* e *argumentação prática geral*, Alexy aponta três possíveis interpretações para a *tese do caso especial*, explicitando, em seguida, o seu posicionamento acerca dessa matéria:

O primeiro significado possível (*da tese do caso especial*) é a afirmação de que o atual processo de justificação ou deliberação pode proceder (e em casos ideais de fato procede) aos critérios do discurso prático geral, e que a justificação jurídica apenas serve como legitimação secundária de qualquer conclusão a que se chegue desta maneira. Essa tese pode ser chamada de ‘tese da subordinação’. Segundo essa tese, sempre que houver casos em que a solução não possa ser derivada conclusivamente da lei, o discurso jurídico não passa de um discurso prático geral por trás de uma fachada jurídica.

Se alguém rejeitar as teses da subordinação, se verá diante de duas possibilidades. Pode afirmar que a argumentação jurídica só pode ir até uma parte do caminho, chegando a um ponto em que os argumentos especificamente jurídicos não

⁸⁵ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica, op. cit., p. 319.

⁸⁶ Verifica-se, em destaque, na própria capa da versão em português da obra *Theorie der Juristischen Argumentation* [Teoria da Argumentação Jurídica, op. cit., tradução de Zilda H y tchinson Schild Silva], de Robert Alexy, a seguinte afirmação: “Em todos os casos duvidosos a jurisprudência não consegue existir sem julgamentos de valor. Isso significa que, nesses casos, a sentença jurídica a ser justificada, não segue logicamente as normas de direitos consideradas válidas, juntamente com dogmas empíricos comprovados ou a serem aceitos. Para sua justificação são exigidos adicionalmente esses dogmas práticos que não se deixam por sua vez obrigatoriamente justificar pelo material normativo previamente dado. Senso assim, a argumentação jurídica depende da argumentação prática geral” (grifos não constam no original).

estão mais disponíveis. É aqui que deve intervir a argumentação prática geral. Essa tese pode ser denominada de ‘tese da suplementação’. Finalmente, existe a opinião de que argumentos especificamente jurídicos e argumentos práticos gerais devem se combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente. Essa interpretação, no entanto, que pode ser rotulada de ‘tese da integração’ é a que adotamos aqui.⁸⁷

Constata-se que também Klaus Günther⁸⁸, a partir de sua distinção entre justificação e aplicação, no discurso prático moral, buscando liberar os discursos jurídicos das questões relativas à justificação, concebe a argumentação jurídica como um caso especial de aplicação do discurso moral.⁸⁹

Contudo, tendo em vista a complexidade dos processos de criação e aplicação jurídicas no Estado Democrático de Direito, destacar-se-á, de forma contrária à ‘tese do caso especial’, a perspectiva defendida por Jürgen Habermas⁹⁰ segundo a qual, ainda que se considere a “prioridade heurística dos discursos prático-morais” e mesmo o “requisito de que as regras jurídicas não contrariem as morais”, os discursos jurídicos não devem ser concebidos como um subconjunto da argumentação moral; seja como pretende Alexy, em sua *perspectiva argumentativa axiológica*, de ponderação material de comandos otimizáveis, ou seja como afirma

⁸⁷ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica, op. cit., p. 30.

⁸⁸ Cf. GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica, op. cit., p. 98 -99.

⁸⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Traduzido por William Rehg. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, p. 232.

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., pp. 230 -231.

Günther, em sua perspicaz argumentação deontológica de adequabilidade.

6 ASPECTOS DA CRÍTICA À “TESE DO CASO ESPECIAL”

Analisando a “tese do caso especial”, Habermas⁹¹ destaca como as limitações específicas sob as quais se encontra a ação de disputa argumentativa das partes perante os tribunais dificultam a avaliação de tais processos com os padrões do discurso racional. Verifica-se que as partes dos processos judiciais não se vinculam à busca cooperativa da verdade ou de um consenso, além de que *somente a perspectiva do juiz* é constitutiva para a fundamentação da decisão, no sentido de que os demais participantes, quaisquer que sejam seus motivos, aportam apenas o que podem ser consideradas contribuições ao discurso para que o juiz decida imparcialmente. Habermas⁹² prossegue

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 231.

⁹² Nesse sentido, Habermas afirma: “se seguimos uma teoria procedimental, a legitimidade das normas jurídicas é alcançada por meio da racionalidade de um procedimento democrático de legislação política. Como já demonstrado, este procedimento é mais complexo do que o da argumentação moral na medida em que a legitimidade jurídica não é determinada apenas pela correção dos juízos morais, mas, dentre outros fatores, pela disponibilidade, cogência, relevância e seleção de informação, pelo quão frutífera tal informação demonstra ter sido; pelo quão apropriadamente a situação é interpretada e a questão é formulada; pela racionalidade das decisões de voto; pela autenticidade das avaliações decisivas; e, acima de tudo, pela equanimidade dos compromissos firmados.” [“If we follow a procedural theory, the legitimacy of legal norms is gauged by the rationality of the democratic procedure of political legislation. As already

demonstrando que o procedimento da argumentação jurídica é mais complexo do que o da argumentação moral na medida em que a legitimidade das leis não é determinada apenas pela correção dos juízos morais. No que se refere à justificação jurídica, diversos argumentos, além dos morais, podem ser levados em consideração, tais como os de natureza ética e, até mesmo, pragmática. Ressalta-se, contudo, que esse processo é marcado, de acordo com Habermas, fundamentalmente pela equanimidade dos compromissos firmados.

Assim, embora Habermas considere que seja possível utilizar os discursos morais de aplicação como um modelo para a investigação dos discursos jurídicos, no sentido de que ambos os casos referem-se à lógica da aplicação de normas, a dimensão mais complexa da validade das normas jurídicas veda, em sua perspectiva, a equiparação da correção das decisões judiciais à validade dos juízos morais e, assim, que se considere o discurso jurídico como um caso especial dos discursos morais de aplicação.

Esta tese é, no mínimo, perigosa, visto que sugere, como destaca Habermas⁹³, uma subordinação do Direito à Moralidade, desconsiderando os limites existentes entre a atividade legislativa, de criação do Direito, e a prestação jurisdicional, vinculada à aplicação deste. Nesse sentido:

embora se a tese do caso especial, em uma versão ou em outra, seja plausível de um ponto de vista heurístico, ela sugere uma subordinação (*do Direito*) à moralidade Tal

shown, this procedure is more complex than that of moral argumentation inasmuch,

⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 233 e seguintes.

subordinação é desencaminhante, pois ainda porta conotações de Direito Natural. A tese se torna menos problemática (*no sentido de ser, evidentemente, descartada*) tão logo se pense seriamente na distinção paralela entre o Direito e a moralidade exigida no nível pós-convencional de justificação.⁹⁴

Dessa forma, Habermas adverte que os discursos especializados de justificação e aplicação jurídicas não têm que ser introduzidos como casos especiais de discursos morais visto que os primeiros são diferenciados dos conteúdos morais não só por uma delimitação lógico-extensiva, mas também porque se referem intrinsecamente ao Direito democraticamente promulgado e, na medida em que não se trata de uma questão de reflexão jurídico-dogmática, eles próprios são juridicamente institucionalizados:

discursos jurídicos não se referem apenas a normas jurídicas mas, juntamente com suas formas de comunicação institucionalizadas, são embutidos no sistema jurídico. Como os procedimentos democráticos estão para a legislação, os códigos de processo, no âmbito da aplicação jurídica, deveriam compensar a falibilidade e a incerteza decorrentes do fato de que os exigentes pressupostos comunicativos dos discursos racionais só podem ser aproximadamente realizados.

⁹⁴ Tradução livre do que se segue: "Although the special -case thesis, in one version or another, is plausible from a heuristic standpoint, it suggests that law is subordinate to morality. This subordination is misleading, because it is still burdened by natural-law connotations. The thesis becomes less problematic as soon as one takes seriously the parallel differentiation of law and morality that occurs at the post conventional level of justification" (HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 233).

[...] exigências ideais do procedimento de argumentação devem se harmonizar com as restrições impostas através da necessidade de regulamentação.⁹⁵

Portanto, demonstra Habermas⁹⁶, a lógica argumentativa própria dos discursos de aplicação jurídicos requer que o Direito seja aplicado a si mesmo sob a forma de normas organizacionais para que os códigos de processo institucionalizem o processo decisório judicial de modo que o veredicto e sua justificação possam ser considerados o resultado de um jogo argumentativo especialmente programado, sem que se interfira, no entanto, em tal lógica argumentativa interna, que deve caracterizar os discursos jurídicos de aplicação, no Estado Democrático de Direito.

⁹⁵ Tradução livre do que se segue: "legal discourses not only refer to legal norms but, together with their institutionalized forms of communication, are themselves embedded in the legal system. Like democratic procedures in the area of legislation, rules of court procedure in the area of legal application are meant to compensate for the fallibility and decisional uncertainty resulting from the fact that the demanding communicative presuppositions of rational discourses can only be approximately fulfilled." [...] "ideal demands on the procedure of argumentation must be harmonized with the restrictions imposed by the factual need for regulation" (HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 234).