

## **É POSSÍVEL UMA RESPOSTA CORRETA PARA CASOS CONTROVERSOS? UMA ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO DE ROBERT ALEXY DA TESE DWORKIANA\***

Flávio Quinaud Pedron\*\*

### **SUMÁRIO**

#### **INTRODUÇÃO**

#### **1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS**

#### **2 UMA PROPOSTA DE TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

##### **2.1 A argumentação jurídica como um terceiro nível do sistema jurídico**

##### **2.2 Sobre a relação entre direito e moral à luz da teoria da argumentação de Robert Alexy**

#### **3 É POSSÍVEL UMA ÚNICA RESPOSTA CORRETA?**

#### **4 UMA OUTRA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DA TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA**

##### **4.1 Síntese da proposta dworkiana**

##### **4.2 A proposta habermasiana de compreensão da tese da única resposta correta como uma pretensão de validade sobre a correção normativa**

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Resumo: O presente trabalho pretende reconstruir os pontos fundamentais da teoria dos direitos de Robert Alexy, presentes no ensaio *Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica*, no qual o autor apresenta suas objeções à tese dworkiana da existência de uma única resposta correta para um caso controverso. Em seguida, são apresentadas críticas a essa leitura partindo, de um lado, da própria teoria de Dworkin e, de outro, da Teoria do Discurso de Habermas e Günther.

Palavras-chave: Teoria da Argumentação - Regras, Princípios e Valores - Ponderação (Balanceamento).

### **INTRODUÇÃO**

O ensaio *Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica*, de autoria de Robert Alexy, célebre jurista de Kiel, é bastante elucidativo para se compreender

---

\* O presente artigo é dedicado aos professores Menelick de Carvalho Netto e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, em agradecimento pelo sempre constante estímulo à reflexão do direito. Dedico, também, a Viviane Machado Caffarate, sem cuja ajuda esse projeto não poderia ter se realizado.

\*\* Mestrando em Direito Constitucional na UFMG. Monitor de Pós-Graduação nas disciplinas Teoria da Constituição e Teoria Geral do Direito Público. Bolsista pelo CNPq.

uma leitura feita por este da tese dworkiana da única resposta correta<sup>1</sup> para os chamados casos controversos, também conhecidos na tradição anglofônica como *hard cases*.

O mesmo texto se mostra, ainda, importante por apresentar uma reconstrução de dois pontos cruciais no pensamento de Alexy. Para tanto, o presente trabalho se destina a reconstruir o percurso argumentativo desenvolvido no texto, passando pelos dois pontos principais: 1) uma digressão sobre a teoria dos princípios, que analisa a distinção entre regras e princípios e 2) algumas considerações sobre uma teoria da argumentação orientada pelo conceito de razão prática.

É conveniente lembrar que esse teórico pode ser considerado um dos principais defensores da ponderação de princípios (valores) como metodologia para resolução de casos concretos que envolvam a denominada colisão entre normas.<sup>2</sup> Mas, como se verificará, o presente trabalho irá sustentar a tese de que no pensamento de Alexy ainda persiste uma dificuldade em assimilar completamente o giro hermenêutico-pragmático<sup>3</sup>, de modo a ainda buscar no método a expressão

---

<sup>1</sup> O presente trabalho faz uso da expressão resposta correta ao invés de resposta certa, pois, ao contrário da opção feita pelos tradutores nacionais (DWORKIN, 2001:175), pode-se perceber que a resposta correta encerra em si uma pretensão de validade universalizável (correção normativa) referente às normas deontológicas. Para melhor compreensão também ver: HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

<sup>2</sup> A popularidade do método da ponderação adquire cada dia mais destaque nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF). Tanto assim, que os professores Luís Roberto Barroso (2004:471) e José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (2004:520) defendem que sua adoção representa uma mudança no curso da interpretação levada a cabo pelo tribunal, equivale à adoção de uma Nova Hermenêutica na Jurisprudência do STF. O precedente representado pelo HC n. 82.424/RS se mostra como exemplo de uma aplicação prática da teoria de Alexy. Isso porque o caso ganhou notoriedade por examinar um suposto conflito entre os princípios da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana envolvendo a acusação de prática de racismo durante a publicação de livros anti-semitas. As bases da ponderação foram bem explicitadas através dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

<sup>3</sup> Cabe destacar desde já que, diferentemente de Alexy, entendemos que Dworkin desenvolve sua teoria levando em conta o giro hermenêutico empreendido por Heidegger e Gadamer, sendo que o último irá adotar uma postura de ruptura com as posições objetivistas de Schleiermacher e Dilthey, radicalizando a experiência hermenêutica e se apoiando principalmente no modo de ser do *Dasein* (do ser-aí) heideggeriano. Desta forma, a Hermenêutica Filosófica entende que “a compreensão humana se orienta a partir de uma pré-compreensão que emerge da eventual situação existencial e que demarca o enquadramento temático e o limite de validade de cada tentativa de interpretação” (GRONDIN, 1999:159). Os reflexos da percepção de tal “consciência histórica” podem ser sentidos no pensamento de Dworkin, como lembra Menelick de Carvalho Netto: “Para ele, a unicidade e a irrepetibilidade que caracterizam todos os eventos históricos, ou seja, também qualquer caso concreto sobre o qual se pretenda tutela jurisdicional, exigem do juiz hercúleo esforço no sentido de encontrar no ordenamento considerado em sua inteireza a única decisão correta para este caso específico irrepetível por definição.” (1999:475)

de uma racionalidade capaz de neutralizar toda a complexidade inerente à linguagem (ALEXY, 1998:32; 2003:139; 1997:98; 1997b:136).<sup>4</sup>

## 1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Alexy (1998:09) concorda com a compreensão de regras e de princípios como espécies de normas jurídicas.<sup>5</sup> Partindo dessa premissa lembra que, freqüentemente, compreende-se que a distinção entre ambos os *standars* normativos se dá em razão da generalidade dos princípios frente às regras. Isto é, compreendem-se os princípios como normas de um grau de generalidade relativamente alta, ao passo que as regras seriam dotadas de uma menor generalidade.

Contudo, tal abordagem quantitativa, levada adiante por autores como Del Vecchio e Bobbio, se mostra insuficiente à luz do pensamento desenvolvido já em Esser, como demonstra Galuppo (2002:170-171). Tal tese é denominada por Alexy (1998:09) como a tese fraca da separação, de modo que uma tese forte, como a que o autor pretende adotar, considera a distinção como qualitativa. Logo, pode-se perceber que a generalidade não é um critério adequado para tal distinção, pois é, quando muito, uma conseqüência da natureza dos princípios, sendo incapaz de proporcionar uma diferenciação essencial (GALUPPO, 1998:137).

Regras, diferentemente dos princípios, serão aplicáveis na maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*). Isso significa dizer que, se uma regra é válida, ela deve ser aplicada da maneira como preceitua, nem mais nem menos conforme um procedimento de subsunção silogístico.

Diante de um conflito entre regras, algumas posturas deverão ser tomadas para que apenas uma delas seja considerada válida. Como conseqüência, a outra regra não somente não será considerada pela decisão, como deverá ser retirada do ordenamento jurídico, pois será sempre inválida, salvo não seja estabelecido que essa regra se situa em uma situação que excepciona a outra. Um exemplo fornecido pelo próprio Alexy (1997b:163-164) é o da existência de uma Lei Estadual que proíba o funcionamento de estabelecimentos comerciais após as 13:00 e de outra Lei Federal que proíba o funcionamento até às 19:00. Nesse caso o Tribunal Constitucional alemão solucionou a controvérsia se apoiando no cânone da hierarquia das normas, de modo a entender pela validade da legislação federal.

---

<sup>4</sup> Importante lembrar a colocação de Cattoni de Oliveira (2001:77-78) no sentido de que para Alexy (2001:17-18) a racionalidade de um discurso prático pode ser mantida se forem satisfeitas as condições expressas por um sistema de regras ou procedimentos. No ensaio em destaque pode-se perceber o afirmado pela seguinte passagem: "A racionalidade do discurso se define por um conjunto de regras do discurso. Estas regras garantem o direito de cada ser humano de participar no discurso e o direito de cada participante de apresentar e criticar qualquer argumento." (ALEXY, 1998:32, tradução nossa)

<sup>5</sup> Aqui é preciso lembrar que Alexy toma como referência de norma o conceito "semântico" de norma (GALUPPO, 1998:135-136) presente já em Kelsen (1999), de modo que compreende que a norma é o significado extraído de um enunciado.

Já os princípios não são determinantes para uma decisão, de modo que somente apresentam razões em favor de uma ou de outra posição argumentativa (ALEXY, 1998:09-10). É por isso que o autor afirma existir uma dimensão de peso entre princípios - que permanece inexistente nas regras - principalmente nos chamados casos de colisão, exigindo para a sua aplicação um procedimento de ponderação (balanceamento). Destarte, em face de uma colisão entre princípios, o valor decisório será dado a um princípio que tenha naquele caso concreto maior peso relativo, sem que isso signifique a invalidação do princípio compreendido como de peso menor. Em face de um outro caso, portanto, o peso dos princípios poderá ser redistribuído de maneira diversa, pois nenhum princípio goza antecipadamente de primazia sobre os demais.<sup>6</sup>

É desta forma que Alexy (1998:12) apresenta a distinção fundamental entre regras e princípios:

princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...].

Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente. (ALEXY, 1998:12, tradução nossa)

Mas como explicar a natureza de mandados de otimização atribuída aos princípios? Ou, de outra forma, como uma norma pode ter sua aplicação diferida em diferentes graus?

Para Alexy (1998:14, 1997:138), isso pode ser explicado quando se compreende que princípios podem ser equiparados a valores. Uma concepção sobre valores, ou axiológica, dirá Alexy (1997:139) traz uma referência não no plano do dever-ser (deontológico), mas no nível do que pode ou não ser considerado como bem. Os valores têm como características a possibilidade de valoração, isto é, permitem que um determinado juízo possa ser classificado, comparado ou medido. Destarte,

---

<sup>6</sup> Isso pode ser percebido no julgamento do HC n. 82.424/RS. Como já comentado, o STF identificou um conflito envolvendo os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão. Em momento algum se afirmou que a dignidade da pessoa humana (ou mais exatamente, não discriminação) seria hierarquicamente superior à liberdade de expressão. Assim, um ou outro princípio pode ser ponderado através de sua aplicação gradual no caso *sub judice*. Assim, como bem reconhece o Min. Marco Aurélio (2004:177) em seu voto, “as colisões entre princípio [sob essa ótica] somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos (*sic*) a um ou os dois lados. Enquanto o conflito entre regras resolve-se na dimensão da validade, [...] o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da ‘ponderação’, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos”.

Com a ajuda de conceitos de valor classificatório se pode dizer que algo tem um valor positivo, negativo ou neutro; com a ajuda de conceitos de valor comparativo, que um objeto que se deve valorar corresponde a um valor maior ou ao mesmo valor que outro objeto e, com ajuda de conceitos de valor métricos, que algo tem um valor de determinada magnitude. (ALEXY, 1997:143, tradução nossa)

Todavia, apesar de dizer que princípios podem ser equiparados aos valores, Alexy (1997:147) dirá que princípios não são valores. Isso porque os princípios, enquanto normas, apontam para o que se considera devido, ao passo que os valores apontam para o que pode ser considerado melhor. Assim, mesmo tendo uma operacionalização idêntica aos valores, ainda sim, princípios apresentariam uma diferença básica frente a eles.<sup>7</sup>

Para concluir, dirá o autor que, se alguém estiver diante de uma norma que exige um cumprimento na maior medida do possível, estará diante de um princípio; em contrapartida, se tal norma exigir apenas o cumprimento em uma determinada medida, ter-se-á uma regra. Logo, a diferença se centraria em um aspecto da estrutura dos princípios e das regras, de uma maneira morfológica, fazendo com que regras sejam aplicadas de maneira silogística e princípios, por meio de uma ponderação ou balanceamento.

## 2 UMA PROPOSTA DE TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

### 2.1 A argumentação jurídica como um terceiro nível do sistema jurídico

Tomando como base a distinção entre princípios e regras, Alexy (1998:17) reafirma a impossibilidade de uma teoria forte sobre os princípios capaz de determinar para cada caso uma resposta correta. Contudo, o professor Kiel procura ainda verificar a possibilidade de uma resposta correta pautando-se por uma teoria fraca dos princípios.

Nesse caso têm-se duas vias: uma primeira afirmaria que a resposta correta independe de um procedimento capaz de demonstrá-la, mas tal opção é de antemão descartada pelo autor e a segunda, que afirma que nem princípios ou regras são capazes de regular por si mesmos sua aplicação, de modo que se faz necessária uma compreensão da decisão jurídica, regrada por uma teoria da argumentação jurídica. Assim, o sistema jurídico, além de conter regras e princípios, comporta um terceiro nível no qual são feitas considerações sobre um procedimento -

---

<sup>7</sup> Apenas para demarcar a dissonância, adianta-se que tese alexiana da diferenciação entre regras e princípios é refutada tanto por Dworkin quanto por J. Habermas, que defendem a impossibilidade de equiparar princípios a valores, sob pena de desnaturar a própria lógica de aplicação normativa. Ambos os autores, ainda, lançarão mão não de uma diferenciação morfológica entre princípios e regras, preferindo o que se pode considerar como uma distinção em razão da natureza lógico-argumentativa.

seguindo o modelo da razão prática - que permita alcançar e assegurar a racionalidade de aplicação do direito (CHAMON JUNIOR, 2004:103).<sup>8</sup>

A argumentação jurídica, então, é vista por Alexy (1998:18) como um caso especial da argumentação prática geral, ou seja, da argumentação moral. Sua peculiaridade, contudo, está na série de vínculos institucionais que a caracteriza, tais como a lei, o precedente e a dogmática jurídica.<sup>9</sup> Mas, mesmo estes vínculos - concebidos como um sistema de regras, princípios e procedimento - são incapazes de levar a um resultado preciso. As regras do discurso serviriam, então, apenas para que se pudesse contar com um mínimo de racionalidade, mas não uma resposta correta. Assim, no máximo, ter-se-ia uma decisão aproximadamente correta (ALEXY, 1998:18). Tudo, então, para Alexy (1998:18-19), gira em volta de um problema referente à racionalidade jurídica. Como não é possível uma teoria moral de cunho substantivo, somente se pode apelar para as teorias morais procedimentais, que formulariam regras ou condições para a argumentação ou para uma decisão racional.

Desse modo, para Alexy (1998:19-20) a questão de uma resposta correta se resume ao desenvolvimento de um procedimento que conduza à mesma, devendo ainda ser capaz de gerar consenso, o que demandaria: (1) tempo ilimitado; (2) informação ilimitada; (3) transparência lingüística conceitual ilimitada; (4) capacidade e disposição ilimitada para troca de papéis; e (5) ausência de preconceitos.

Sem todos esses requisitos, torna-se para o autor impossível sustentar a tese de uma resposta correta. Contudo, como será ainda exposto, nenhum desses requisitos é exigido por Dworkin para continuar a sustentar a possibilidade de se chegar a uma única resposta correta frente a um dado caso concreto. Isso porque o argumento dworkiano se aproximará mais ao que Günther (2004) denomina de adequabilidade, observando a ótica dos discursos de aplicação das normas. Mas antes que se possa avançar para esse ponto do presente trabalho, se faz necessário compreender a relação entre direito e moral posta por Alexy, principalmente, porque tal leitura acaba por sustentar uma subordinação do primeiro à segunda.

## **2.2 Sobre a relação entre direito e moral à luz da teoria da argumentação de Robert Alexy**

Dando seguimento, uma questão deve ser posta ao longo da presente investigação: qual a relação existiria entre o direito e a moral?

<sup>8</sup> Alexy (1997b:173, tradução nossa) afirma então: "Nem princípios nem regras regulam por si mesmos sua aplicação. Eles representam apenas os pilares passivos do sistema jurídico. Se se quer obter um modelo completo, deve-se agregar aos pilares passivos um ativo, referindo-se ao procedimento de aplicação das regras e princípios. Portanto, os níveis das regras e dos princípios têm que ser completados por um terceiro nível. Em um sistema orientado por um conceito de razão prática, este terceiro nível pode ser apenas o de um procedimento que assegure a racionalidade."

<sup>9</sup> Sobre isso um maior detalhamento pode ser obtido pela leitura do capítulo 3 da obra de ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

Alexy (1998:58) pretende responder a tal questionamento partindo do pressuposto de que tal relação se coloca como uma teoria da argumentação que compreende a argumentação jurídica incluída dentro de um gênero maior, que é a argumentação moral. Por isso mesmo, afirma que a primeira pode ser tratada como um caso especial da segunda. Sua teoria busca, portanto, afirmar a existência de regras especiais presentes nos discursos jurídicos que seriam supletivamente complementadas por regras existentes nos discursos prático-morais em geral (2001:267).

Também se afirma a relação entre direito e moral no tocante à pretensão de correção das decisões judiciais. Segundo Alexy (1997b:79), poder-se-ia falar em uma tese moral, que seria válida se entre os princípios considerados para a resolução de um caso difícil houvesse a consideração de um juízo moral. Haveria, então, uma conexão entre os princípios e uma dimensão de moralidade (1997b:80), que possibilitaria afirmar uma pretensão de correção da decisão.

Em outras palavras, os princípios teriam assim um aspecto duplo que os colocaria como elementos simultaneamente do universo do direito como da moral. Assim, por exemplo, os princípios jurídicos básicos que Alexy (1997b:81) considera presentes no constitucionalismo alemão - dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, Estado de Direito, democracia e Estado Social - também possuem uma dimensão de moralidade.

Por isso mesmo, em um caso concreto somente se pode afirmar a possibilidade de correção de uma decisão se demonstrada uma consonância da aplicação dos princípios com uma teoria moral. A correção dos princípios jurídicos não decorreria do próprio direito, mas de uma correção emprestada da moral.

Logo, o direito não apresentaria uma autonomia como elemento de uma ordem social. Em outras palavras, isso seria equivalente a afirmar que o direito pode ser compreendido como subordinado à moral, seja em razão da necessidade de se completar o discurso jurídico com regras de uma teoria da argumentação moral, seja porque os princípios jurídicos guardam em si uma dimensão de moralidade.

Mas, mesmo tal conclusão ainda parece não ser satisfatória para explicar como o juiz deveria proceder na resolução de um caso difícil. A identificação de uma dimensão de moralidade entre princípios ainda poderia levantar a dúvida sobre como poderiam ser solucionadas as controvérsias que envolvessem um conflito entre princípios (jurídico-morais). Mesmo assim, como se poderia falar em uma decisão correta? Como último elemento de sua teoria Alexy apresenta o método da ponderação e o submete à verificação se tal procedimento seria capaz de alcançar uma resposta correta.

### **3 É POSSÍVEL UMA ÚNICA RESPOSTA CORRETA?**

Após tecer considerações sobre a distinção entre princípios e regras, bem como sobre a existência de uma teoria da argumentação jurídica que atue subsidiada por uma teoria moral, o jurista de Kiel passa a refletir sobre a possibilidade de se chegar a uma resposta correta para os *hard cases*. Para tanto, Alexy (1998:13) partirá do seguinte raciocínio que revelará duas variantes dessa tese, uma forte e uma fraca.

Iniciando pela versão fraca, ter-se-ia que supor a possibilidade de criar uma lista, de certo modo completa, de princípios de um dado sistema jurídico. Tal lista não apresentaria considerações sobre o peso relativo desses princípios, o que a transformaria em um mero catálogo de *topoi*.

Diferentemente, a versão forte dessa tese deve conter, além de todos os princípios, todas as possíveis relações de prioridades abstratas e concretas entre eles, de modo a se determinar de maneira unívoca a decisão em cada caso. Contudo, tal exercício é por demais improvável, o que leva Alexy a rejeitar a tese dworkiana.<sup>10</sup> Isso porque, tomando por base tanto os princípios quanto os valores, não podem ter seus pesos concebidos em grandezas numéricas, mas apenas em face de um determinado caso concreto.

Mas todo percurso dessa reflexão não pode ainda ser tido como perdido. Uma alternativa é proposta pelo autor: o estabelecimento de uma ordem fraca obtida através de: 1) um sistema de condições de prioridade; 2) um sistema de estruturas de ponderação e 3) um sistema de prioridades *prima facie*.

Através de uma decisão em um caso concreto, poder-se-ia defender a possibilidade dessa decisão estabelecer relações de prioridade para outros casos concretos, através da formulação de uma lei de colisão: “As condições, sob as quais um princípio prevalece sobre outro, formam o pressuposto fático de uma regra que determina as conseqüências jurídicas do princípio prevalente” (ALEXY, 1998:15). Tal tese pauta por reafirmar a necessidade de uma teoria da argumentação mais completa, que inclua o terceiro nível já descrito, além dos níveis existentes entre regras e princípios.

Uma outra saída, então, está na lei de ponderação enunciada da seguinte forma: “quanto mais alto seja o grau de descumprimento ou de desprestígio de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 1998:16). Tal lei de ponderação consiste na estrutura do princípio da ponderação em sentido estrito.

O terceiro elemento trata das prioridades *prima facie*. Nessas se estabelece força aos argumentos a favor da prioridade de um princípio, criando certa ordem hierárquica. Destarte, ainda se abre a uma nova argumentação, não podendo ser tomada como uma determinação definitiva, mas traz para o opositor o ônus da prova em contrário.

Por tais premissas, Alexy passa a ler a pretensão de correção trazida pela teoria dworkiana como uma pretensão de certeza, o que o leva a repudiá-la.

## 4 UMA OUTRA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DA TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

### 4.1 Síntese da proposta dworkiana

Após apresentarmos os argumentos de Alexy, o presente trabalho tentará demonstrar uma outra leitura da teoria de Ronald Dworkin que diverge da proposta de uma teoria forte dos princípios.

<sup>10</sup> Contudo, já antecipando as colocações a serem feitas, compreende-se que o jurista alemão faz uma leitura de Dworkin que em nada encontra correspondência com a leitura realizada pelo presente trabalho, que busca levar em conta as considerações hermenêuticas que o último trabalha.

Primeiramente, a leitura feita aqui de Dworkin parte de um pressuposto fundamental, qual seja, de que o autor de Oxford busca em suas obras travar todo um debate paralelo com duas tradições jurídico-filosóficas: o convencionalismo (positivistas) e o pragmatismo (realistas).<sup>11</sup> Isso porque tem em mente a afirmação de que o magistrado não detém qualquer poder discricionário que lhe autorize decidir um caso controverso no sentido de criar direitos e aplicá-los retroativamente.

Para se opor, então, à compreensão positivista do direito, isto é, à compreensão do direito como um conjunto de regras, Dworkin irá compreender os princípios jurídicos também como espécie do gênero norma.<sup>12</sup> Dworkin sustenta que a diferença entre princípios e regras tem natureza lógico-argumentativa, de modo que

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002:39)

Outra característica das regras é que, pelo menos em tese, “todas as exceções podem ser arroladas e o quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra” (DWORKIN, 2002:40). As regras, então, não possuem uma dimensão de importância, de modo que, se duas regras entram em conflito, apenas uma delas fará a subsunção ao caso concreto. A decisão de saber qual delas será aplicada e qual delas será abandonada deve ser feita recorrendo-se às considerações que estão além das próprias regras. Essas considerações versam, por exemplo, sobre os critérios clássicos de solução de antinomias do positivismo:

---

<sup>11</sup> Para o convencionalismo, as decisões políticas do passado constituem os critérios que deverão fundamentar as decisões do presente e, na falta delas, ou seja, no caso de lacunas, abre-se para que o próprio magistrado crie normas por meio de um poder discricionário e as aplique retroativamente. Nesta concepção, a prática jurídica se resume a obediência às convenções anteriormente estabelecidas e, portanto, ignora-se que com o tempo decorram graduais modificações na forma como os operadores do Direito se apropriam dessas convenções. Diferentemente, para o pragmatismo, os juizes não devem ficar presos às convenções do passado, mas sim se preocuparem com a justiça da decisão, mas de modo a vincular esse ideal a uma questão de bem-estar geral. Essa tradição, então, volta-se para uma perspectiva utilitarista do direito, que tem como motivação a busca por maiores níveis de satisfação do bem-estar para um maior número de pessoas da sociedade. Nega-se, com isso, que as pessoas possuam qualquer direito subjetivo garantido, pois o direito só é compreendido pelos juizes como bens a serem maximizados a partir de metas coletivas. Logo agem como se as pessoas tivessem esses direitos se (e apenas sob essa condição), em longo prazo, isso servir melhor para a sociedade (DWORKIN, 1999:187).

<sup>12</sup> Trata-se do texto *Model of Rules*, publicado originalmente na *Chicago Law Review* n. 35 (1967-1968), sendo depois republicado como o capítulo 2 da obra *Levando os direitos a sério* (com tradução para o português pela Editora Martins Fontes, em 2002).

(1) o critério cronológico, em que a norma posterior prevalece sobre a norma anterior; (2) o critério hierárquico, em que a norma de grau superior prevalece sobre a norma de grau inferior e (3) o critério da especialidade, em que a norma especial prevalece sobre a norma geral. Assim, não se pode dizer que uma regra é mais importante que outras enquanto parte de um mesmo sistema de regras. Logo, uma não suplanta a outra, por ter uma importância maior no caso concreto (DWORKIN, 2002:43).

Já os princípios jurídicos, diferentemente das regras, não apresentam as conseqüências jurídicas que seguem as regras, quando as condições de aplicação são dadas. Eles não pretendem, nem mesmo, estabelecer as condições que tornam a sua aplicação necessária. Ao contrário, eles enunciam uma razão que conduz a um argumento e a uma determinada direção. É por isso que com relação aos princípios não há exceções, pois elas não são, nem mesmo em teoria, susceptíveis de enumeração.

Dworkin ainda se preocupa em distinguir princípios e políticas (*polices*), distinção essa que parece ter sido olvidada por Alexy. Sobre tal diferenciação, o princípio é aquele padrão que contém uma exigência de justiça, eqüidade, devido processo legal ou qualquer outra dimensão de moralidade. Por sua vez, o padrão denominado política busca estabelecer um objetivo a ser alcançado, que, geralmente, consiste na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social de uma dada comunidade, buscando promover ou assegurar uma situação considerada desejável (DWORKIN, 2002:36). Assim, diferentemente dos princípios - que seguem determinações de universalidade a partir de acordos intersubjetivos realizados ao longo de uma história institucional, o que justifica a exigibilidade dos mesmos a todos os membros da sociedade de uma maneira indistinta - as políticas apresentam uma vinculação a objetivos específicos e, portanto, parecem obedecer a uma lógica contextual conforme os fins (teleológica).

Essas distinções se mostram cruciais para a resolução de um outro problema posto pelas tradições do convencionalismo e do pragmatismo que Dworkin visa superar. Mas, especificadamente, a tradição do positivismo jurídico afirma a existência de um espaço discricionário para aplicação do direito nos casos difíceis. Isso porque diante de uma ausência de regra anteriormente positivada o magistrado estaria autorizado pelo sistema jurídico a criar um direito e aplicá-lo retroativamente ao caso *sub judice*. Como solução o jusfilósofo de Oxford irá propor, em nítida influência gadameriana, que os direitos são frutos tanto da história quanto da moralidade. E para comprovar sua tese lançará mão de dois artifícios: da metáfora do juiz Hércules<sup>13</sup> e, posteriormente, da metáfora do romance em cadeia.

No primeiro caso, Dworkin imagina um magistrado com capacidades e paciência sobre-humanas, competente para de maneira criteriosa e metódica selecionar as hipóteses de interpretação dos casos concretos a partir do filtro da integridade. Assim, em diálogo com as partes daqueles processos, ele deverá

---

<sup>13</sup> Trata-se do texto *Hard Cases*, presente como o capítulo 4 da obra *Levando os direitos a sério*, mas originalmente publicado como um ensaio na *Harvard Law Review* n. 88 (1974-1975). São de chamar a atenção as diversas leituras feitas dessa figura de linguagem, o que levou a formulação de diversas críticas ao solipsismo de Hércules, que se mostram, conforme a leitura feita pelo presente trabalho, infundadas por olvidarem as demais construções de Dworkin que complementam a metáfora, bem como sua herança hermenêutica.

interpretar a história institucional como um movimento constante e, partindo de uma análise completa e criteriosa da Constituição, da legislação e dos precedentes, para identificar nestes a leitura feita pela própria sociedade dos princípios jurídicos aplicados aos casos. Como consequência, supera-se a chamada vontade do legislador (ou dos Pais Fundadores) como requisito assegurador da objetividade na interpretação do direito, como bem esboçado pela tradição do positivismo. O fundamento da tese dworkiana para tal postura está na compreensão da interpretação jurídica como uma forma de interpretação construtiva<sup>14</sup>, capaz de tomar as práticas sociais da melhor forma possível (DWORKIN, 1999:63-64).

Já no romance em cadeia, o que se propõe consiste no seguinte exercício literário:

Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, manda os dois capítulos para o seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. (DWORKIN, 2001: 235-236)

Nessa perspectiva, cada juiz será como um romancista na corrente, de modo que deverá interpretar tudo o que foi escrito no passado por outros juízes e partes nos respectivos processos, buscando descobrir o que disseram, bem como o estado de espírito quando disseram, objetivando chegar a uma opinião do que esses fizeram coletivamente. A cada caso, o juiz, que for incumbido de decidir, deverá se considerar como parte de um complexo empreendimento em cadeia no qual as inúmeras decisões, convenções e práticas representam a história, que será o seu limite. O trabalho consistirá, portanto, na continuação dessa história, mas com olhos para o futuro, levando em consideração o que foi feito, por ele e pelos demais, no presente (que também contém o passado). Ele deverá interpretar o que aconteceu no passado e não partir em uma nova direção. Isso porque o dever do juiz consiste, para Dworkin (2001:239-240), em interpretar a história jurídica que encontra e não inventar uma história melhor, como é proposto pelos adeptos do pragmatismo. Desta forma, não pode o magistrado romper com o passado, porque a escolha de qual dos vários sentidos que o texto legal possa ter não pode ser remetida à intenção de ninguém *in*

---

<sup>14</sup> O conceito de interpretação construtiva leva em conta as críticas feitas por Habermas (1987:92-93) a Gadamer. A crítica reside na visão por demais passiva que a Hermenêutica Filosófica assume, compreendendo como unilateral o fluxo comunicativo. Nesse sentido, o próprio Dworkin (1999:63) justifica sua posição: “o intérprete deve esforçar-se por aprender e aplicar aquilo que interpreta com base no pressuposto de que está subordinado ao seu autor. Habermas faz a observação crucial (que aponta mais para a interpretação construtiva que para a conversacional) de que a interpretação pressupõe que o autor poderia aprender com o intérprete.” Um bom exemplo é a conversa imaginária entre Cavell e Fellini retratada por Dworkin (1999:69-70).

*concreto*, mas devendo ser decidida à luz de uma teoria política e com base no melhor princípio ou política que possa justificar tal prática.

Outro ponto importante é que Dworkin pressupõe a identificação de uma comunidade de princípios<sup>15</sup>, ou seja, uma dada sociedade é compreendida como formada por pessoas que concordam que sua prática é governada por princípios comuns e não somente por regras criadas em conformidade a um acordo político (DWORKIN, 1999:254). Assim, o direito não está restrito ao conjunto de decisões tomadas em âmbito institucional, mas transborda o mesmo, devendo ser tomado em termos gerais, como um sistema de princípios construídos da interpretação da história das práticas sociais, ponto esse que deve estar pressuposto nas decisões institucionais.<sup>16</sup>

Desta forma, tanto o juiz Hércules quanto os co-autores do romance em cadeia representam os membros dessa comunidade, tendo sua visão moldada por esse mesmo “pano de fundo de silêncio compartilhado” que rege as práticas sociais, como bem coloca Carvalho Netto (1999). Assim, tais atividades levarão não somente o magistrado, mas também a comunidade compreendida pela totalidade de seus membros, ao melhor argumento possível do ponto de vista de uma moral política substantiva, bem como a um argumento com pretensões de ser o correto.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> O tema foi primeiro tratado em DWORKIN, Ronald. *Law's ambitions for itself*. In: *Virginia Law Review*. v. 71, n. 2, mar./1985, antes de ser reapresentado na obra *O império do direito*.

<sup>16</sup> Percebe-se, então, em Dworkin uma compreensão aberta do que seja o direito, já que seu conteúdo não se encontra definido por uma assembléia de especialistas, mas pela compreensão das práticas da sociedade, o que transparece uma preocupação em fundamentar o direito em bases democráticas.

<sup>17</sup> No já mencionado *Law's ambitions for itself* (nota 15, supra), pode-se ter um exemplo do que seria uma resposta correta através da reconstrução e crítica à decisão proferida pelo Juiz Robert Bork no julgamento do caso *Dronenburg v. Zech*. Dronenburg processou a Marinha Norte-Americana sustentando que sua dispensa se deu em prejuízo de seus direitos fundamentais que foram violados. Em contrapartida argumentaram que a causa de sua dispensa havia sido a acusação confessa de ter tido relações homossexuais em um quartel. A decisão de Bork, contudo, se limitou a afirmar, bem na esteira da tradição positivista, que não existia nenhuma regra positivada na legislação norte-americana que consagrasse uma proteção aos homossexuais. Logo, inexistiria qualquer direito capaz de assegurar o que Dronenburg reivindicava para si. Todavia, Dworkin reconstruirá o caso para lembrar a Bork que as circunstâncias fáticas individualizadoras daquela demanda exigiam um outro olhar. No direito positivo norte-americano, existe a *Due Process Clause* (Cláusula de Devido Processo) e um conjunto de precedentes que afirmam um direito fundamental à privacidade das pessoas. É claro que nenhum desses precedentes trata exatamente do problema de Dronenburg ou de direito para homossexuais. Mas essas decisões indicam uma compreensão que a sociedade tem sobre a necessidade de proteção da privacidade de uma pessoa e da garantia de que o Estado não poderá interferir em suas escolhas privadas (como, por exemplo, o precedente *Loving v. Virginia*, no qual foi declarada a inconstitucionalidade da proibição de casamento inter-racial). Logo, o direito não pode ser meramente algo preso ao que foi estabelecido pelas convenções sociais do passado e, frente ao julgamento deste novo caso, é sim possível falar que o argumento anteriormente suscitado em defesa da privacidade se estenda também aos homossexuais. Deve ser lembrado, portanto, que não se está criando um direito com a decisão, mas sim reinterpretando o direito já existente a partir das bases já postas, qual seja, de que as escolhas pessoais não devem ser sujeitas à interferência estatal. Uma decisão diversa, como, por exemplo, a proferida pelo Juiz Bork, é sim uma resposta que carece de correção.

Por isso mesmo, lembra Habermas (2004), é necessário fazer uma distinção - que parece ainda não muito bem clara em Alexy - entre as pretensões de verdade e as pretensões de correção normativa. Nas primeiras, encontra-se uma referência ao mundo objetivo, ao passo que, nas segundas, tem-se uma ampliação das fronteiras da comunidade social e de seu consenso axiológico.

Para determinar com mais precisão a diferença entre correção e verdade, temos de ver se e, se for o caso, como essa orientação por uma inclusão sempre mais ampla de pretensões alheias e de outras pessoas pode compensar a ausente referência ao mundo. (HABERMAS, 2004:290)

Tem-se, então, que a possibilidade de universalização das pretensões de validade sobre a correção de uma norma depende tanto em Dworkin quanto em Habermas da possibilidade de se atingir um consenso abrangente, capaz de ultrapassar as perspectivas particulares dos sujeitos envolvidos. Assim,

Diferentemente da pretensão de verdade, que transcende toda justificação, a assertabilidade idealmente justificada de uma norma não aponta além dos limites do discurso para algo que poderia “existir” independentemente do fato estabelecido de merecer reconhecimento. A imanência à justificação, característica da “correção”, apóia-se num argumento de crítica semântica: porque a “validade” de uma norma consiste no fato de que ela seria aceita, ou seja, reconhecida como válida sob condições ideais de justificação, a correção é um conceito epistêmico. (HABERMAS, 2004: 291)

A legitimidade, então, de uma decisão, para que possa ser considerada também correta, residirá na correspondência aos princípios determinados pela comunidade através da análise da história institucional, que está diretamente relacionada à compreensão habermasiana da legitimidade como possibilidade de inclusão dos atingidos dessa decisão, na condição de co-autores.

#### **4.2 A proposta habermasiana de compreensão da tese da única resposta correta como uma pretensão de validade sobre a correção normativa**

A partir das leituras desenvolvidas, respectivamente, das teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, conclui-se que não se pode vislumbrar uma concordância, mas antes uma contraposição. O jurista de Oxford não distingue regras e princípios a partir de critérios morfológicos, mas sim lógico-argumentativos. Isto é, a distinção não pode se operar *a priori*, em um plano abstrato (em razão das características estruturais das normas e, por isso mesmo, morfológico), mas somente em face de um caso concreto de modo a adquirir densidade em razão da argumentação produzida pelos sujeitos participantes naquele processo. Dworkin (2002:39), então, lembra que certas disposições

podem funcionar do ponto de vista lógico como uma regra e do ponto de vista substantivo como um princípio.<sup>18</sup>

Uma segunda colocação é que em momento algum a teoria de Dworkin deixa de atribuir a natureza deontológica aos princípios. Ele defende a tese da bivalência, isto é, em face de um caso concreto, inexistente uma terceira opção entre a afirmação de que uma proposição jurídica possa ser correta ou não. Destarte, na discussão sobre se um determinado princípio proposto para solucionar a controvérsia, a discussão ficará restrita no plano da confirmação ou não de sua adequação para que o mesmo possa ser aplicado ao caso. A discussão sobre qual princípio aplicar, ou seja, sobre uma suposta colisão, como quer Alexy, é compreendida por Dworkin como uma comprovação de que a reconstrução do caso concreto ainda não foi feita de maneira satisfatória.

Por isso mesmo, assume-se uma outra tese que - igualmente não conclui que a não aplicação de um princípio conduza à invalidade do mesmo - sustenta que a questão deve ser examinada não no prisma da validade, mas sob a luz da adequabilidade. Toma-se, portanto, uma linha de raciocínio iniciada por Dworkin e também assumida pelas pesquisas de Jürgen Habermas (1998) e Klaus Günther (2004).

Habermas, então, critica a maneira como Alexy (1998:14) entende a ponderação de princípios por implicar uma concepção axiologizante do Direito. Uma vez que a ponderação só seria possível ao se poder preferir um princípio a outro, os princípios devem ser considerados como valores (GALUPPO, 2002:179). Mas para a concepção habermasiana persiste a diferença entre normas e valores: as normas (princípios e regras) são enunciados deontológicos, isto é, visam ao que é devido; em contrapartida, os valores são enunciados axiológicos, de modo que objetivam o que é bom, melhor ou preferível, mas sendo sempre condicionados a uma determinada cultura. Até esse ponto, há uma aparente concordância com Alexy, que deve ser mais bem explorada.

Ao se afirmar que os princípios possuem natureza deontológica em razão do seu caráter devido (ALEXY, 1997:140-141) e, operacionalmente, se igualar princípios a valores quanto a sua aplicação, percebe-se que a norma perde a característica de código binário para se transformar em um código gradual.<sup>19</sup> Como

---

<sup>18</sup> Segundo Dworkin (2002:45): "Palavras como 'razoável', 'negligente', 'injusto' e 'significativo' desempenham freqüentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o sentido restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e políticas dos quais pode depender a regra."

<sup>19</sup> Como lembra Habermas (2002:86, 2004:300) as normas se regem por um princípio de bivalência, de modo que sua pretensão é pela validade ou não da proposição normativa. Esse código binário acompanha não somente normas jurídicas, como toda e qualquer pretensão normativa. Por exemplo, à luz das normas ortográficas percebe-se impossível uma aplicação gradual, isto é, uma palavra somente pode ser considerada como escrita corretamente se a norma ortográfica foi observada em sua inteireza.

conseqüência, deixa-se de lado uma dimensão de adequabilidade - como defendido por Dworkin, Habermas e Günther - para fazer uso de uma aplicação ponderada (balanceada)<sup>20</sup> dos princípios (entendidos como comandos otimizáveis) à luz de uma questão de preferibilidade (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:88-90).

Ocorreria, então, uma desnaturação do direito que se transformaria em valor, afirmação essa que se torna visível quando se passa a afirmar a possibilidade de estabelecer uma hierarquia entre valores/princípios em face de um caso concreto. Logo, à luz da tese defendida por Alexy, os princípios não mais indicam o que é devido, mas o que é preferível e, portanto, em nada se diferenciam dos valores. Há, portanto, um outro problema: corre-se o risco de confundir direitos com bens (HABERMAS, 2002:67), podendo ter sua aplicação negociada. Em termos dworkianos, tal postura tem como conseqüência deixar de compreender o direito como um trunfo capaz de prevalecer sobre questões políticas. Logo, a tese de Alexy acaba por desconsiderar a tese de um outro jusfilósofo norte-americano, John Rawls (2002:291), para quem haveria uma prioridade do justo sobre as concepções de bem.<sup>21</sup> Mas por que seria importante concordar com a defesa de que as concepções de justiça prevalecem sobre as concepções do que seja o bem?

Para que isso possa ficar claro, pode-se partir do seguinte raciocínio. Normas, segundo Habermas (1998:328, 2004:291), são justificadas a partir de uma pretensão de correção (referência ao justo), devendo poder contar com a aceitação racional daqueles que serão seus afetados (1998:172). Desta forma, diante de uma pretensão normativa, os atores sociais podem tomar dois caminhos diversos: concordarem mutuamente sobre as pretensões de validade de seus atos de linguagem, ou levantarem pontos em que haja discordância, problematizando-os. Instala-se, assim, a possibilidade de avaliação através de uma ação comunicativa.<sup>22</sup> As discordâncias advindas dessa forma de ação podem ser solucionadas a partir do uso de razões

---

<sup>20</sup> Mesmo Dworkin fazendo uso do termo ponderar é importante ter em mente que o mesmo está sendo aplicado em sentido divergente que o atribuído por Alexy. Alexander Aleinikoff (1987:1001) coloca bem essa questão ao lembrar que para o jurista de Oxford o termo adquire o significado de refletir, de modo que a solução de um caso demanda uma construção teórica acerca de um princípio adequado ao caso concreto.

<sup>21</sup> Essencialmente, pode-se compreender que a mesma tese é defendida tanto por Dworkin quanto por Habermas, considerando as particularidades e complementações de cada interpretação.

<sup>22</sup> A ação comunicativa distingue-se da ação instrumental (compreendida enquanto modalidade de ação técnica que busca adequar racionalmente os meios para se alcançar um fim determinado), por ser uma interação lingüisticamente mediada voltada para o entendimento. Como bem lembra Freitag (2002:240), a ação comunicativa tem como mérito a superação da filosofia da consciência e, com isso, a transformação da subjetividade em favor de uma intersubjetividade. As interações lingüisticamente mediadas devem pressupor a existência de um mundo da vida compartilhado, que atua como um pano de fundo de silêncio não problematizado. Assim, as proposições dele retiradas são irrefletidas e conduzem os falantes a uma concordância à primeira vista. Contudo, pode acontecer que a pretensão de validade de uma dada proposição seja questionada em seu conteúdo de verdade da assertiva, a correção da norma apresentada ou a sinceridade do seu falante. O discurso é, então, a suspensão da pretensão de validade da proposição por meio de um procedimento fundamentado em argumentos racionais até que se chega a um consenso restabelecendo o curso normal da ação comunicativa.

(argumentos) capazes de convencer ambos os lados (HABERMAS, 2004:295). Contudo, o que se percebe é que o consenso sobre normas apresenta um outro lado importante. Através do Princípio U (Princípio de Universalização), os participantes voltam-se para a possibilidade de universalização das normas de ação capazes de transcender contextos culturais específicos e, com isso, adquirir validade para todos os seus destinatários de maneira igual, ou seja, sem exceções.

Diferentemente das normas, uma concepção ética - ligada ao que seja o bem - não apresenta esse potencial de universalização contido nos discursos sobre a correção das normas, uma vez que se encontra enraizada sob valores pré-reflexivos, isto é, concepções culturais partilhadas intersubjetivamente por uma determinada forma de vida concreta. Por isso mesmo, a noção de bem liga-se à idéia de um nós, uma comunidade determinada assentada sob uma mesma concepção de vida boa. Deste modo, as referências para as ações oriundas dessa comunidade apenas podem ser compreendidas como respostas a fins específicos (caráter teleológico) julgados a partir das preferências comuns de seus membros.

A importância dessa distinção parece adquirir mais nitidez quando se reconhece na sociedade contemporânea a existência de um pluralismo<sup>23</sup>, que impõe a simultaneidade em uma mesma sociedade de diversos projetos de vida alternativos (GALUPPO, 2002, p. 209).

Portanto, pode-se compreender o problema a partir do seguinte raciocínio:

As normas válidas correspondem a expectativas generalizadas no seio da sociedade, enquanto os valores expressam tão-somente a preferência por certos bens em determinado grupo ou entre certas experiências de vida compartilhadas e que não poderiam, portanto, ser estendidos aos demais por se tratar de preferências éticas. Os valores, aqui, são aplicados com vistas a determinados fins, de acordo com os fins deste determinado número de pessoas. A noção de bom é uma visão parcial, constituindo-se, segundo Habermas, em bom para nós, ou para mim, mas não necessariamente válido perante um sistema coerente de normas, como exige um discurso jurídico de aplicação. (CHAMON JUNIOR, 2004:110)

---

<sup>23</sup> O pluralismo é tema eminentemente ligado à Modernidade. Isso porque, desde a Grécia Antiga até a Idade Média, havia um centro orientador da vida em sociedade, ou melhor, em comunidade. No primeiro caso, tem-se que este centro era a *polis*, que foi substituído, no período medieval, pela Igreja Católica. A partir da Modernidade, o mundo assiste a um descentramento, justamente pelo surgimento do indivíduo. "O pluralismo emerge no mundo social exatamente quando a unidade e a homogeneidade da concepção acerca do que seja a vida boa, decorrente da presença de um único centro comunitário, é substituída pela pluralidade de projetos de como alcançá-la, que aglutinam grupos de indivíduos, e que convivem e disputam em uma sociedade em que vários planos individuais e grupais de ação são integrados por um ato voluntário." (GALUPPO, 2000:4) Assim, ao contrário dos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, "o Estado Democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da própria sociedade contemporânea, e que, portanto, não se pode, legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem se interferir na auto-identidade de uma determinada sociedade. Ao contrário, ele deve reconhecer que todos os projetos que compõem uma sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua identidade." (GALUPPO, 2000:6, grifos nossos)

Logo, apenas uma concepção normativa (deontológica) é capaz de satisfatoriamente apresentar respostas à solução de controvérsias práticas, porque, no procedimento de justificação de normas, acontece um discurso argumentativo, pautado em pretensões de validade que retiram os falantes do contexto em que se encontram enraizados, de modo que posições e preferências pessoais sejam analisadas e criticadas a partir de uma perspectiva intersubjetiva abrangente.

Em contrapartida, a utilização de concepções axiológicas parece funcionar de maneira diversa - como uma referência externa aos sujeitos participantes do discurso jurídico. Por exemplo, se forem tomados os casos *Lüth* ou *Lebach*, julgados pela Corte Constitucional Federal Alemã e analisados por Alexy (2003:132, 1998:14). Em ambos os julgados, a Corte identifica a colisão entre princípios (valores) como primeiro passo da decisão, para em seguida avaliar condições abstratas de prioridades e, somente, no final questionar-se sobre a decisão a ser tomada para a solução do caso concreto (ALEXY, 1988:15).<sup>24</sup>

Uma primeira crítica feita é no sentido de que o procedimento defendido por Alexy segue uma dinâmica diferente do proposto por Dworkin e Habermas, pois ainda continua considerando a possibilidade de aplicação de uma norma longe da perspectiva de um caso concreto. Como consequência, percebe-se que os princípios (valores) em conflito são identificados por meio de um procedimento que os trata como juízos de evidência, já que não são problematizados diante do próprio caso posto para julgamento. Transformam-se, assim, em juízos que versam não mais sobre a idéia de correção de uma norma, mas sim sobre sua verdade<sup>25</sup>, isto é, passa-se a adotar uma perspectiva descritiva, típica da ciência positiva, que intui princípios a partir do mundo da vida como se os mesmos fossem elementos objetivos do universo social.

---

<sup>24</sup> O mesmo comportamento poderá ser percebido no conteúdo dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio no julgamento do HC n. 82.424/RS. O problema do racismo (e do anti-semitismo) é abordado e detalhado de maneira abstrata no sentido de formulação de uma regra padrão geral, já sendo avaliadas as condições que permitiram a limitação da liberdade de expressão também em abstrato, para somente após essa consideração verificar como deverá ser aplicada ao caso em concreto. Uma abordagem que busque a adequabilidade irá verificar como as nossas práticas sociais interpretam o caso. Assim, poderá verificar que a conduta praticada é compreendida ao longo da história institucional da sociedade brasileira não como um exercício regular do direito de liberdade de expressão, mas justamente o resultante de seu abuso, ou seja, um ato antijurídico, inclusive, tipificado penalmente. Logo, o princípio da liberdade de expressão não se encontra em conflito com nenhum outro princípio, pois nem ao menos pode ser considerado como um princípio adequado dada a interpretação do caso pela sociedade. Ao que parece, as teorias defensoras da ponderação (balanceamento) se precipitam e acabam por cair na aporia de afirmar que o exercício regular de um direito pode ameaçar o exercício regular de outro direito, enquanto se sabe que o abuso no exercício de um direito constitui um ilícito.

<sup>25</sup> Como destaca Galuppo (2002:119), a necessidade de distinguir as pretensões de verdade das pretensões de correção normativa adquire relevância, já que implica a negação da tese típica do positivismo de redução de todos os enunciados ao mundo objetivo da ciência, compreendido como o único mundo que faz sentido.

Além do mais, a perspectiva dos envolvidos (aqueles que sofrerão os efeitos da decisão) é simplesmente olvidada, seja por pressupor uma identidade cultural (impossível hoje de ser presumida), seja por fechar-se a possibilidade de participação na construção de um consenso sobre a correção da norma. Como conseqüência, a Corte abandona a via comunicativa e passa simplesmente a utilizar-se de uma racionalidade instrumental, já que a preocupação é com a adequação de meios e fins, sem, contudo, parar para refletir sobre esses próprios fins, já determinados *a priori* pela força de uma tradição que, todavia, representa meramente um projeto de vida entre os muitos existentes naquela mesma sociedade. À luz da teoria da ação comunicativa, portanto, Habermas (1998:332) afirmará que a ponderação (balanceamento) faz uso de critérios irracionais (não discursivos), deixando a decisão ao arbítrio das preferências pessoais dos julgadores, já que estes são os únicos referenciais para a avaliação da justeza da decisão.<sup>26</sup> Assim, a previsibilidade de decisões (ou o que a tradição positivista chama de segurança jurídica) somente pode ser garantida quando centralizadas e monopolizadas pela Corte Constitucional Federal Alemã. Partindo dessa conclusão, Ingeborg Maus (2000) sustenta que a Corte passa a atuar como substituto da figura paterna de uma sociedade agora órfã.

A partir da Teoria da Ação Comunicativa, pode-se também identificar uma colonização do mundo da vida<sup>27</sup> por parte do Judiciário. As decisões que tomadas pelos Tribunais são destituídas de legitimidade, o que pode resultar em abalo para o processo de integração social, pois, uma vez que o uso de valores, que expressam uma ordem simbólica de uma identidade e forma de vida particular, se mostra incapaz de servir para a formação de um consenso potencialmente universalizável (HABERMAS, 1998:329).<sup>28</sup> Como conseqüência, deixa-se de lado o processo crítico-emancipatório necessário decorrente do uso comunicativo da razão, que deve incluir todos os participantes do discurso - que devem se pôr em perspectiva - e não somente os juízes.

---

<sup>26</sup> Em sua réplica Alexy (2003:138-139) parece não compreender o ponto de partida da crítica habermasiana, acabando por confirmá-la, quando tenta superá-la pela reafirmação de que faz sim um uso de uma racionalidade de natureza instrumental.

<sup>27</sup> A colonização do mundo da vida é explicada por Barbara Freitag (2002:239) como o processo resultante da expansão da racionalidade instrumental utilizada pelos imperativos funcionais do sistema econômico e do sistema político-burocrático que invade o mundo da vida desalojando e expulsando a racionalidade comunicativa. Assim, onde antes havia processos de interação sociais regidos por uma racionalidade comunicativa, passa-se a ter uma racionalidade instrumental. Como conseqüência, aponta-se uma crise de legitimidade das decisões sobre o direito, o que põe em risco o processo de integração social, uma vez que o direito não somente mantém contato com o código proveniente da linguagem coloquial ordinária, como por ele, ainda, transitam mensagens provenientes dos códigos do sistema econômico e do sistema político-burocrático (HABERMAS, 1998:146).

<sup>28</sup> "Em última instância o Poder Judiciário se tornaria extremamente autoritário impondo a todos a visão de parte, que, inevitavelmente, é insustentável em um Estado Democrático de Direito." (CHAMON JUNIOR, 2004:112)

Entre os pressupostos necessários da argumentação estão uma completa inclusão dos envolvidos, a distribuição igualitária dos direitos e deveres da argumentação, a não-coerção da situação comunicacional e a atitude dos participantes orientada para o entendimento mútuo. (HABERMAS, 2004:303)

Por isso mesmo, é importante lembrar que Habermas compreende a dinâmica processual de maneira a superar a arcaica teoria processual que afirma o processo como uma espécie de relação jurídica.<sup>29</sup> A idéia de juiz - que ocupe uma posição superior às partes, delas retirando apenas os fatos para a aplicação do direito com imparcialidade - é um modelo insuficiente para a teoria habermasiana:

A neutralidade do juiz em relação às partes conflitantes - a venda nos olhos da *Justitia* - é agora insuficiente como modelo da práxis de fundamentação exigida. Pois nela devem tomar parte, com igualdade de direitos, todos os membros enquanto potencialmente envolvidos, de modo que não haja mais uma separação de papéis entre um terceiro privilegiado e as partes envolvidas em cada caso. Agora, todos igualmente se tornam partes que pretendem se convencer reciprocamente na competição pelo melhor argumento. (HABERMAS, 2004:298)

Finalmente, outro ponto que suscitou muitas críticas foi a tese do caso especial de Alexy. Habermas irá discordar da compreensão do discurso jurídico como uma especialidade do discurso prático geral (discurso moral). Segundo o raciocínio da teoria do discurso, o princípio do discurso concretiza-se de duas formas diferentes: como princípio moral e como princípio democrático.<sup>30</sup> Enquanto o princípio moral - enquanto especificação do princípio do discurso - produz normas que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses, o princípio democrático produz normas de ação que surgem na forma

---

<sup>29</sup> A teoria do processo como relação jurídica tem seu desenvolvimento a partir da obra de Oskar Von Bülow, em 1868. Ela enuncia que o processo somente poderia se constituir de maneira válida depois de cumpridos alguns requisitos determinados pela lei processual e considerados como pressupostos de existência e desenvolvimento do processo formado a partir das relações jurídicas estabelecidas entre juiz, autor e réu. Contudo, tal teoria acaba por afirmar a superioridade do magistrado sobre os demais sujeitos processuais, que apesar de ter servido bem ao Estado Social, se mostra inadequada ao Estado Democrático de Direito. Todavia, mesmo após críticas apresentadas que podem ser baseadas tanto a partir de teorias processuais, como a de Fazzalari (1996) e a de Aroldo Plínio Gonçalves (2001), como a partir de teorias jusfilosóficas, como a de Dworkin (1999) e a de Habermas (1998, 2004), a teoria processual da relação jurídica ainda encontra muitos adeptos no Brasil. Entre eles citamos os eminentes professores Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni e Nelson Nery Júnior.

<sup>30</sup> Em *Facticidade y validez* (1998), Habermas irá marcar uma distinção entre o princípio do discurso e o princípio moral, que até então não havia sido feita de maneira satisfatória em suas obras.

do direito e que podem ser justificadas com auxílio de argumentos morais, mas vai além abrangendo também o uso de argumentos pragmáticos, éticos e políticos.<sup>31</sup>

## REFERÊNCIAS

- ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. In: *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, abr./1987.
- ALEXY, Robert. *Constitucional Rights, Balancing and Rationality*. In: *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun./2003.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica* 2. ed., México: Fontamara, 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, 2. ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997b.
- ALEXY, Robert. *Justification and application of norms*. In: *Ratio Juris*, v. 6, n. 2, jul./1993.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BÜLOW, Oscar von. *La Teoría de las Excepciones Processuales y los Presupuestos Processuales*. Buenos Aires: EJE, 1964.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 88, dez./2003.

---

<sup>31</sup> Essa distinção é assim posta por Habermas (1997:1:143): “Em questões morais, a humanidade ou uma suposta república dos cidadãos forma o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que são do interesse simétrico de todos. As razões decisivas devem poder ser aceitas, em princípio, por todos. Em questionamentos ético-políticos a forma de vida ‘de nossa respectiva’ comunidade política constitui o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que valem como expressão de um auto-entendimento coletivo consciente. Os argumentos decisivos têm de poder ser aceitos, em princípio, por todos os membros que compartilham ‘nossas’ tradições e valorações fortes. Antagonismos de interesses necessitam de um ajuste racional entre interesses e enfoques axiológicos concorrentes. E a totalidade dos grupos sociais ou subculturais imediatamente envolvidos forma o sistema de referência para a negociação de compromissos. Esses têm que ser aceitáveis, em princípio, e na medida em que se realizam sob condições de negociações equitativas, por todos os partidos e, em certos casos, levando em conta até argumentos diferentes.”

- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte. Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG e Mandamentos. v. 3, maio/1999, p. 473-486.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos: 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luí Carlos Borges. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed., Padova: CEDEM - Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 1996.
- FREITAG, Barbara. *Itinerários de antigona: a questão da moralidade*. 3. ed., Campinas: Papyrus, 2002.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. Belo Horizonte: dez./2000. Disponível em: <[http://sites.uol.com.br/marcelogaluppo/hermeneutica\\_constitucional\\_e\\_pluralismo.htm](http://sites.uol.com.br/marcelogaluppo/hermeneutica_constitucional_e_pluralismo.htm)> [Capturado 11. jul. 2002].
- GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte. v. 1, n. 2, 2º sem./1998, p. 134-142.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidade y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. Ações, atos de fala, interações mediadas pela linguagem e mundo da vida. In: *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.
- Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos estudos CEBRAP*. n. 58, nov./2000.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes: 2002.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: Habeas Corpus n. 82.424/RS*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.