
O DISCURSO JURÍDICO COMO DISCURSO PRÁTICO: ASPECTOS DO DEBATE ENTRE ROBERT ALEXY E JÜRGEN HABERMAS

*Fernando Galvão de Andréa Ferreira**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Pensamento de Robert Alexy. 3. O Pensamento de Jürgen Habermas. 4. Aspectos do Debate. Referências

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo principal a exposição de alguns aspectos relacionados em torno da questão se seria o discurso jurídico um caso especial de discurso prático ou não, tendo como referência os autores Robert Alexy e Jürgen Habermas.

Palavras-chave: Discurso Jurídico; Filosofia do Direito

ABSTRACT: The present study exposes some aspects related to the question whether the legal discourse is a special case of practical discourse or not, taking as reference Robert Alexy and Jürgen Habermas

Key-words: Legal Discourse; Legal Philosophy.

* Mestre em Direito pela UERJ. Doutor em Direito pela USP. Membro do Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro. Professor da PUC/RJ e da FSJ. Professor do Mestrado da FDC.

1. Introdução

É o discurso jurídico um caso especial de discurso prático? O presente estudo tem como objetivo principal a exposição de alguns aspectos relacionados ao debate, surgido em torno desta questão, tendo como referência dois de seus mais expressivos contendores: Robert Alexy e Jürgen Habermas.

Nesta linha, será aqui analisada, primeiramente, a *teoria da argumentação jurídica*, formulada por Robert Alexy, em suas obras “*Theorie der juristischen Argumentation*” e “*Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie*”. Em seguida, mostrar-se-á o entendimento, esposado por Habermas, que é, atualmente, contrário ao posicionamento de Robert Alexy.

2. O Pensamento de Robert Alexy

A *teoria da argumentação jurídica*, formulada por Alexy, tem como, ponto central, a pergunta sobre como é possível se fundamentar racionalmente as decisões jurídicas.

Como se sabe, um dos únicos pontos sobre o qual existe acordo na metodologia jurídica contemporânea¹, é o de que a decisão jurídica, que põe fim a uma disputa, em muitos casos não deriva diretamente das normas jurídicas existentes, restando, assim, para aquele que decide, um campo de ação, dentro do qual tem que escolher entre várias soluções possíveis. Observe-se que, na base desta escolha, há sempre um *juízo de valoração* (*i.e.* a alteração é eleita, por ser considerada a melhor). Daí, porque, nestas hipóteses, a *racionalidade* do discurso jurídico depende essencialmente de que estas valorações possam ser controladas.

Ora, como é possível se exercer efetivamente este controle?

Alexy defende que as valorações não implicam um campo livre (*do puro arbítrio*) para a manifestação de convicções

¹ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia Jurídica*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

subjetivas, por parte daquele que deve decidir o caso. Neste sentido, a questão da racionalidade da fundamentação jurídica está ligada à possibilidade de se fundamentar racionalmente os juízos práticos em geral, uma vez que a questão sobre a decisão correta em determinado caso se refere exatamente àquilo que é devido nesta situação.

Sobre este ponto, Alexy sustenta uma de suas teses mais polêmicas decorrente da afirmação sobre a existência de relação intrínseca entre *valores* e *princípios* (pensados como mandamentos de otimização), de modo que os enunciados de preferência, baseados em valores, podem ser reformulados em enunciados sobre princípios, sem perda de conteúdo, pois o que é melhor, no plano axiológico, é precisamente aquilo que é devido no plano deontológico.

Destarte, a pergunta sobre como um enunciado jurídico (decisão) pode ser racionalmente fundamentado, passa a ser precedida por outra, a saber: Como pode um enunciado normativo qualquer ser racionalmente fundamentado?

Para responder a estas perguntas, Alexy propõe, primeiramente, uma *teoria geral do discurso prático*, para, em seguida, desenvolver sua *teoria da argumentação jurídica*, que é uma teoria procedimental, formada por um sistema de regras composto por três elementos: um sistema de condições de precedência: um sistema de estrutura de ponderação e um sistema de precedência *prima facie*, cuja observância assegura a racionalidade da argumentação e de seus resultados. Desse modo, um enunciado normativo será correto, quando for o resultado deste procedimento.

Assim, partindo da *teoria do discurso racional*, principalmente na forma como foi elaborada por Habermas, Alexy desenvolve a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, ou seja, uma atividade lingüística, guiada por regras, com a qual se objetiva a correção de enunciados normativos. O discurso jurídico se distingue, porém, das demais formas de discurso, pelo fato de estar submetido a uma série de condições limitadoras, como por exemplo: *sujeição à lei, a consideração dos precedentes, etc.*

Entre as várias razões, invocadas por Alexy, para embasar esta tese, podem-se destacar: 1) o fato de que a fundamentação jurídica implica sempre questões práticas (qual é a decisão correta no caso?); 2) a necessidade de utilização de argumentação prática geral no âmbito da argumentação jurídica; 3) a coincidência parcial da pretensão de correção e, finalmente, 4) a coincidência estrutural das regras e formas do discurso jurídico com o discurso prático.

Observe-se que o fato de se pensar o discurso jurídico como um caso especial de discurso prático geral, conduz, aparentemente, a uma dificuldade, uma vez que as *decisões jurídicas não pretendem estar justificadas em sentidos absoluto e universal*, mas apenas dentro do marco de determinado sistema jurídico particular, o que poderia, em princípio, desqualificar a tese do “caso especial” (*Sonderfallthese*), defendida por Alexy.

3. O Pensamento de Jürgen Habermas

Apesar de inicialmente concordar com esta tese de Alexy (*Sonderfallthese*), Habermas modificou seu entendimento, conforme se constata da leitura de algumas passagens específicas de duas de suas obras: a “*Theorie des kommunikativen Handelns- Handlungs-rationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*”² e “Direito e Democracia entre Facticidade e Validade”^{3, 4}.

Assim, em sua obra maior, sobre a *teoria do agir comunicativo*, afirmou Habermas que:

² HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns- Handlungs-rationalität und gesellschaftliche Rationalisierung 1*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997 e HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns- Band 2- Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft 2*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia I: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 e HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia II: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁴ Apesar de Habermas citar a teoria de Alexy em outras obras, como, por exemplo, no texto “Notes Programmatiques pour Fonder en Raison une Éthique de la Discussion”, que está inserida na obra HABERMAS, Jürgen. *Morale et Communication - Conscience Morale et Activité Communicationnelle*. Paris: Cerf, 1991, restringir-me-ei às duas mencionadas, por serem, no caso, mais expressivas.

A argumentação perante um Tribunal se diferencia (como outras formas de discurso jurídico, como por exemplo, deliberações judiciais, discussões dogmáticas, comentários às leis etc.) dos discursos práticos em geral, através de sua ligação com o Direito válido, e também através de limitações especiais de ordem processual, que levam em consideração a exigência de uma decisão autorizada e a orientação ao sucesso das partes em litígio.⁵ (*tradução livre do original em alemão*)

E, em nota de rodapé, tecendo comentários a esta passagem, aduziu Habermas:

Esta situação levou-me, primeiramente, a conceber o procedimento judicial como *agir estratégico* (Habermas, Luhmann, *Theorie der Gesellschaft*, Ffm, 1971, 200 f). *Deixei-me, entretanto, ser convencido por R. Alexy* (1978), 263 ff., *de que a argumentação jurídica, em todo o seu caráter institucional, deve ser conceituada como um caso especial do discurso prático.* (O grifo não consta do original)

Já em sua obra “Direito e Democracia”, Habermas, modificando sua postura anterior, passou a afirmar:

Entretanto, nem o primado heurístico dos discursos prático-morais, nem a exigência segundo a qual regras de direito não podem contradizer normas morais,

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns-Handlungs-rationalität und gesellschaftliche Rationalisierung 1*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p.61-62.

permitem que se conclua, sem mais nem menos, que os discursos jurídicos constituem uma parte das argumentações morais. Contra esta tese do caso especial, de Alexy (defendida inicialmente de modo não específico com relação a discursos de fundamentação e de aplicação), levantou-se uma série de objeções.⁶

E mais adiante arremata Habermas:

A tese do caso especial é plausível sob pontos de vista heurísticos; porém ela sugere uma falsa subordinação do direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do direito natural. A tese pode ser superada a partir do momento em que levamos a sério a diferenciação paralela entre direito e moral, a qual surge no nível pós-convencional.⁷

4. Aspectos do Debate

Repelindo as críticas formuladas por Habermas, Alexy, investiga, em artigo específico, intitulado “*Jürgen Habermas’ Theorie des juristischen Diskurses*”⁸, a teoria do discurso jurídico habermasiana, a fim de verificar se a proposta deste pode ser considerada adequada para uma *teoria da decisão jurídica racional*.

Primeiramente, mostra Alexy que a aceitação ou não da tese, de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático em geral (*Sonderfallthese*), depende do que se entende como *discurso prático*. Neste sentido, a crítica de Habermas,

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia I: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 287.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 291.

⁸ R.V.D: p. 165-176.

em verdade, é dirigida contra a idéia de se pensar o *discurso jurídico* como parte do *discurso moral*.

Realmente, quanto a este aspecto, reconhece Alexy que Habermas tem razão, pois, de fato, o *discurso jurídico* está aberto não só para argumentos de ordem moral como também para argumentos de ordem ética ou pragmática. Assim, a *Sonderfallthese* só é correta se entendermos, sob o conceito de *discurso prático geral*, um discurso prático, onde questões e fundamentos morais, éticos e pragmáticos estejam ligados.

Observa ainda Alexy que esta concepção de discurso prático geral, além de ser razoável, é também exigível, na medida em que, entre estes três tipos de argumentos (*morais, éticos e pragmáticos*) não existe apenas uma relação de complementação, mas de *interpenetração*. Neste sentido, por exemplo, a decisão entre uma concepção de Justiça ligada a um Estado social (*sozialstaatlichen Konzeption*) e uma concepção liberal, depende essencialmente de como a *pessoa se compreende* e como *compreende a própria comunidade em que vive*. Conclui Alexy, que a *Sonderfallthese* expressa a unidade da *razão prática* realizada e realizável no Direito⁹.

Continuando sua análise da teoria do direito de Habermas, esclarece Alexy que o seu fio condutor é a tensão entre facticidade e validade, ou, mais especificamente, entre o princípio da *segurança jurídica* e a *pretensão à correção* das decisões (*die Spannung zwischen Rechtssicherheit und Richtigkeit*).

Em face disso, para responder a questão sobre como decisões jurídicas podem ser racionalmente fundamentadas, respeitando-se decisões institucionais anteriores, Habermas tem que se valer de conceitos, como, por exemplo, os de: coerência¹⁰; princípio; discurso de aplicação; adequação e paradigma.¹¹

⁹ R.V.D: p.174.

¹⁰ R.V.D: p. 166 - Realmente a teoria da coerência do direito não resolve o problema de sua aplicação racional, uma vez que, como as regras não se auto-aplicam, o sistema não auto-produz a resposta correta, daí serem necessários procedimentos e pessoas. Apesar da idéia de coerência ser um dos postulados elementares de racionalidade, permanece obscuro (*unklar*), em Habermas, o seu papel.

¹¹ R.V.D: p. 166.

Entre estes elementos, merece destaque a noção de *princípio*¹², dado o papel que desempenha, no pensamento habermasiano.

Em sua investigação, Alexy analisa dois aspectos da *teoria dos princípios* de Habermas, que são: a) o caráter deontológico dos princípios; e b) a questão dos princípios poderem ou não ser compreendidos como mandamentos de otimização (*Optimierungsgebote*)¹³, isto é, normas que ordenam que algo seja feito, na maior medida do possível.

Em relação à letra a), temos que, para Habermas, os *princípios* se diferenciam dos *valores*, na medida em que possuem sentido deontológico e não teleológico (*dicotomia entre o devido e o bem*), com o que Alexy concorda.

A dificuldade surge da afirmação, feita por Habermas, de que a validade imperativa (*Sollgeltung*) das normas morais tem significado absoluto de uma *obrigação universal e incondicional* (*aquilo que é igualmente bom para todos*), enquanto a *atração* (*Attraktivität*) exercida pelo valor tem o significado relativo a determinada cultura, a uma forma de vida específica (*Wertentscheidung sagen, aufs Ganze gesehen gut für uns ist*)¹⁴. Assim, os valores diriam respeito ao *bem* e não àquilo que é devido.

Tomado isto literalmente, teríamos que os *princípios* estariam ligados ao discurso moral, que é universal, enquanto os valores estariam ligados ao discurso ético, no sentido habermasiano das expressões¹⁵.

Ora, este entendimento, segundo Alexy, causa problema para a *teoria do direito* habermasiana, no que se refere aos *princípios jurídicos*, na medida em que, para Habermas, as

¹² Como já tivemos oportunidade de observar, a argumentação de princípios (*Prinzipienargumentation*) é a parte mais importante da argumentação sistemática.

¹³ R.V.D: p. 167.

¹⁴ R.V.D: p.167.

¹⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *L'Éthique de la Discussion*. Paris: Cerf, 1992, p. 11, onde Habermas esclarece o sentido dos termos moral e ética.

normas jurídicas não devem dizer o que é igualmente bom para todas as pessoas, já que regulam apenas as relações de vida dos cidadãos de uma comunidade concreta de direito. Daí, temos que, por um lado, os discursos de fundamentação e aplicação se abrem, no campo do direito, para argumentos éticos e pragmáticos. Por outro, que os princípios de direito não gozariam mais de um sentido universal, que ficaria restrito aos princípios morais.

Como forma de superar esta dificuldade, Habermas tenta, segundo Alexy, através da noção de *direitos fundamentais*, concretizar um sistema de direitos, justificado de forma universal.

Acontece que, nem todos os *princípios*, e, por conseguinte, nem todas as normas de um sistema jurídico, são exigidos ou reivindicados, a partir da perspectiva de uma moral universal, como é, por exemplo, o caso do núcleo dos direitos fundamentais. Apesar disso, salienta Alexy que os *princípios jurídicos* possuem um *caráter deontológico*.

Surge aqui uma contradição, pois, se todos os *princípios jurídicos* possuem caráter deontológico, e nem todos são universais, chega-se a conclusão de que o caráter deontológico não implica obrigatoriamente o caráter absoluto, pois as normas jurídicas mantêm, ainda quando decididas por argumentos éticos ou pragmáticos, um *status* deontológico.

Em relação à letra b), a questão está ligada à possibilidade de se ainda conceber os *princípios* como *Optimierungsbegote*, em face da separação entre sentido deontológico do caráter absoluto.

Em Habermas, isto parece não ser possível, na medida em que, para ele, a construção dos *princípios* como mandamentos de otimização (*Optimierungsgebote*), implicaria sua inclusão na análise custo-benefício, o que poderia levar à valorização dos bens coletivos em detrimento dos direitos individuais¹⁶.

¹⁶ R.V.D: p. 169/170 – É interessante observarmos que mesmo Habermas, segundo Alexy, aceita (*räumt ein*) que, em algumas situações, os bens coletivos podem prevalecer em face de direitos individuais. Ressalte-se ainda que Alexy defende uma primazia *prima facie* dos direitos individuais em face dos bens coletivos que pode ser invertida, diante das circunstâncias do caso concreto, segundo a *lei de colisão*.

Discordando disso, sustenta Alexy que a noção de *mandamentos de otimização* conduz, em verdade, a inclusão, no âmbito do Direito, de critérios oriundos da área da racionalidade econômica, e que correspondem ao *princípio da proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeit*) do direito constitucional alemão¹⁷, o qual diz que uma intervenção em um direito fundamental somente é permitida, se atendidos três requisitos: 1º) ela deve ser apropriada (*geeignet*) a se alcançar o objetivo (*Ziel*); 2º) deve, além disso, ser necessária (*erforderlich*), isto é, não deve existir nenhum outro meio mais suave, ou menos gravoso (*weniger eingreifendes Mittel*); 3º) tem que ser proporcional, isto é, os fundamentos justificadores da intervenção devem ter peso tanto maior, quanto maior for a intervenção.

O que importa é que qualquer que seja a limitação de um direito individual ou o de um bem coletivo, não será a mesma permitida, por ferir o Direito, se ela for inapropriada, não exigível ou desproporcional. Somente quem disto discordar, pode contestar a tese da '*Optimierungsgebote*', pois o *princípio da proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeitgrundsatz*), com seus três elementos, implica, obrigatoriamente, como já antes assentado, a concepção dos *princípios* como "*mandamentos de otimização*" e esta naquele.

Além deste pontos, outra discordância importante entre o pensamento de Alexy e do Habermas se refere à distinção estabelecida por este último entre *discurso de fundamentação* e *discurso de aplicação*.

Para explicar esta cesura, Habermas se apóia na teoria desenvolvida por Klaus Günther, principalmente na forma como foi exposta na obra "*Der Sinn für Angemessenheit - Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*".¹⁸

¹⁷ Segundo Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade, na Alemanha, tem sua origem no direito administrativo, tendo migrado posteriormente para o direito constitucional. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 328.

¹⁸ GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit - Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.

Apesar de aceitar, inicialmente, que se possa distinguir a *fundamentação* de uma norma de sua *aplicação*, discorda Alexy que a isto corresponda, como pretendem Habermas e Günther, a existência de dois discursos totalmente diferentes. Para Alexy, esta distinção não é essencial, uma vez que cada *discurso de aplicação* contém obrigatoriamente um *discurso de fundamentação*, o que é consequência da adoção de uma práxis decisória universalista (“*universalistische Entscheidungspraxis*”). Abdicar disso, significa renunciar a mais importante exigência da racionalidade prática.

A objeção formulada por Alexy é o resultado de um raciocínio cristalino, que está em consonância com sua teoria.

Neste sentido, sustenta Alexy, invocando a *lei de colisão*, que estabelece que cada *enunciado de preferência* implica uma *regra*, que se pode concluir que a fundamentação de *enunciados de preferência condicionada* não se diferencia da *fundamentação de regras*.¹⁹

Deste modo, a *ponderação* não conduz a decisões particulares, na medida em que, sobre a decisão de *ponderação*, sempre é possível a formulação de uma *regra*, permitindo, assim, o estabelecimento de uma ponte entre a *ponderação* do caso particular e *universalização*.

Em razão disso, afirma Alexy:

A uniformização do Direito, no sentido de uma práxis decisória universalista somente é possível, se, por ocasião da decisão de um caso individual, forem construídas regras, com a força dos precedentes. Estas regras têm, porém, o caráter de normas relativamente concretas e são por isso não só capazes de justificação como necessitadas (*bedürftig*) de justificação. Com isso cada discurso de aplicação do direito inclui um discurso de justificação.²⁰

¹⁹ Observe-se que nesta fundamentação são utilizáveis vários tipos de argumentos, inclusive os específicos da ponderação.

²⁰ R.V.D.: p.172 -(tradução livre do texto original em alemão).

Por outro lado, o conceito de adequação, utilizado por Günther, é considerado insuficiente para resolver o problema da decisão jurídica racional, criando o perigo de uma práxis decisória não-universalista, que aparece sempre ao se separar o discurso de aplicação (*Anwendungsdiskurs*) do discurso de fundamentação (*Begründungsdiskurs*).²¹

Alexy entende que o problema da racionalidade do pronunciamento judicial não pode ser resolvido simplesmente com o auxílio dos conceitos de coerência, de discurso de aplicação, de adequação ou de paradigmas. A solução, para ele, está na adoção de uma teoria do discurso jurídico, que possua três tarefas: 1ª) determinar a relação entre segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) e correção (*Richtigkeit*); 2ª) desdobrar os potenciais de racionalidade que ficaram insaturados nos conceitos acima mencionados; e 3ª) inserir os procedimentos argumentativos e institucionais de aplicação do Direito em uma teoria democrática do Estado constitucional.

Para Günther, ao contrário, existe diferença essencial entre *fundamentação* e *aplicação* de uma norma, uma vez que, no discurso de *fundamentação*, se está tratando da validade da norma (*Geltung*), enquanto no discurso de *aplicação* se está tratando de sua adequação (*Angemessenheit*) a uma situação e não mais de sua validade.

A adequação de uma norma somente pode ser estabelecida em consideração a determinada situação de aplicação (*Anwendungssituation*), levando-se em consideração todas as características da situação bem como todas as normas, em tese, aplicáveis.²² Desse modo, a adequação consiste, então, na

²¹ R.V.D: p.171.

²² R.V.D: p.171 - Para Alexy, a idéia de um *discurso de aplicação* é, ao mesmo tempo, correta e vazia. É correta na medida em que traz à baila a antiga exigência hermenêutica de se considerar todos os pontos de vista, o que é um postulado elementar de racionalidade. É, por outro lado, vazia, porque nada diz sobre quais os pontos de vista que devem ser considerados, com o que, segundo Alexy, parece, de alguma forma, Habermas concordar (poderia sobrecarregar o Judiciário).

reunião de dois componentes: a) relação com uma situação determinada; b) relação com todas as normas que podem ser colocadas em questão nesta situação.²³

Neste contexto, a imparcialidade²⁴ do *discurso de aplicação* decorre exatamente da exigência de se considerar todas as características da situação à luz de todas as normas que podem ser invocadas. É o que Günther denomina de *sentido aplicativo da imparcialidade*. Já no *discurso de fundamentação*, a imparcialidade decorre do fato deste ser definido pela igualdade e pela liberdade de todos os participantes, que assim podem se manifestar (*sentido universal-recíproco de imparcialidade*).²⁵

Ao distinguir as duas formas de discurso, assinala Günther que, necessariamente falta a dimensão de *aplicação* no discurso de *fundamentação*, uma vez que, neste discurso, há obrigatoriamente um julgamento independente de qualquer situação. O que não poderia ser diferente por dois motivos: 1º) pela limitação do conhecimento dos participantes (*i.e.* não se pode imaginar todas as possibilidades e características de todas as situações); e 2º) porque tanto o conhecimento como os interesses relacionados com a situação de aplicação podem se modificar. O discurso de fundamentação é, por isso, duplamente relativo: relativo ao conhecimento atual, bem como relativo aos interesses dos atuais participantes. E, assim, em um discurso de fundamentação, somente podem ser justificadas normas *prima facie*.

Surge aqui um outro aspecto importante desta discussão, que se refere ao papel que é desempenhado pelas hipóteses de aplicação no *discurso de fundamentação*.

Para Günther, as situações de aplicação, utilizadas nos discursos de fundamentação, possuem caráter ilustrativo, funcionando como meras situações exemplificativas

²³ R.V.D: p.52.

²⁴ Sobre os conceitos de *imparcialidade* e de *neutralidade*, confira a análise feita por Charles Lamore, em artigo intitulado "*Du Liberalisme Politique*", inserido na coletânea "*Libéraux et communitariens*", organizada por Andre Berten, PUF, Paris1997.

²⁵ R.V.D: p .53.

(*Beispielsituationen*), que se diferenciam das genuínas situações de aplicação.

Rejeitando este ponto de vista, sustenta Alexy que a referência a situações de aplicação, no discurso de fundamentação, é absolutamente necessária, pois só assim podem os participantes do discurso afirmar quais conseqüências de determinada norma poderiam atingir seus interesses.

Por outro lado, o próprio Günther reconhece, ao tratar da questão referente à separação entre as situações exemplificativas e as genuínas situações de aplicação (*Anwendungssituationen*), que não existe qualquer critério que permita estabelecer esta distinção, uma vez que o mesmo seria incompatível com o *princípio de universalização*, na medida em que algumas possibilidades de aplicação se transformariam em “tabus”, prejudicando o exame da relevância dos interesses de cada um.

Atento a isto, Alexy afirma que as situações de aplicação, hipoteticamente formuladas no discurso de fundamentação, devem ser tão variadas quanto o possível, pois *não há regras do discurso que impeçam ou que proibam se imaginar situações complexas e perguntar se, mesmo em relação a estas, a norma proposta também é aceitável por cada um*. Assim, as únicas limitações têm de resultar das possibilidades fáticas, dos limites do conhecimento empírico e da experiência histórica.

Finalmente, cabe observar que Habermas, em sua recente obra, “*Die Einbeziehung des Anderen - Studien zur politischen Theorie*”²⁶, em face das críticas formuladas por Alexy, modificou em parte sua tese sobre a distinção entre princípios e valores, mantendo, contudo, sua discordância em relação ao pensamento de Alexy.

Neste sentido, Habermas se viu obrigado a estabelecer uma distinção entre duas formas de utilização do termo deontológico, passando a sustentar a tese de que o caráter

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *L'Integration Republicaine - Essais de Théorie Politique*. Paris: Fayard, 1998.

deontológico dos princípios ou normas jurídicas é mais fraco do que o das normas morais.

Esclarece Habermas que o termo *deontológico*, usado desse modo, se refere a um código binário: ou as normas jurídicas são corretas ou incorretas, sendo que o caráter incondicional de sua pretensão de validade normativa não é afetado pela restrição do domínio de validade a uma comunidade jurídica particular²⁷.

Concluindo, afirma que a simples assimilação entre enunciados normativos e valorativos priva o Direito de sua pretensão de validade deontológica, que deve ser honrada pelo discurso, desaparecendo, assim, a obrigação para o direito positivo de se justificar.²⁸

Por outro lado, Habermas permanece fiel a sua tese, apoiada em Klaus Günther, sobre a distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação, que são regidos por princípios orientadores diferentes: o primeiro pelo princípio da universalização e o segundo pelo da adequação.²⁹

Observe-se, por fim, que, por ocasião da publicação da tradução em inglês de sua obra sobre direitos fundamentais, Alexy acrescentou a mesma um pós-fácio, onde procura rebater as críticas de Habermas à sua teoria dos princípios, como mandamentos de otimização, elaborando, então, a “fórmula do peso”, na qual atribui valores matemáticos aos princípios em conflito.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit - Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., p.346.

²⁸ *Idem*, p.347.

²⁹ *Ibidem*, p. 348.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia I: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Democracia II: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *L'Éthique de la Discussion*. Paris: Cerf, 1992.

_____. *L'Integration Republicaine - Essais de Théorie Politique*. Paris: Fayard, 1998.

_____. *Morale et Communication - Conscience Morale et Activité Communicationnelle*. Paris: Cerf, 1991.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns- Handlungs-rationalität und gesellschaftliche Rationalisierung I*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns- Band 2- Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft 2*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

LAMORE, Charles. *Du Liberalisme Politique*. In: *Libéraux et communitariens*. Andre Bertin (Org.), PUF, Paris, 1997.

LARENZ, Karl. *Metodologia Jurídica*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.