

2

A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO E DISCURSO DE APLICAÇÃO DA NORMA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A TAREFA DO JUIZ CONTEMPORÂNEO

Ana Maria Lammoglia Jabour¹

RESUMO

Aborda a diferenciação entre discurso de aplicação e discurso de justificação (validade) normativa bem como a diferenciação entre os sistemas do Direito e da Moral e sua importância no desempenho da função do juiz. Analisa a importância da visão principiológica do Direito e o equívoco, segundo Jürgen Habermas, do método da ponderação proposto por Robert Alexy, na medida em que projeta um modelo de valores na estrutura normativa, dando azo à discricionariedade judicial.

É no pensamento do jurista alemão Klaus Günther, ainda pouco difundido entre os aplicadores do direito no Brasil, e também sob a ótica de seu compatriota Jürgen Habermas, que encontramos algumas respostas para uma instigante questão da teoria do direito, qual seja, a da racionalidade das decisões jurisdicionais.

O momento da aplicação do direito ao caso concreto não depende apenas de conhecimento científico do direito positivado em textos ou

¹ Juíza de Direito – 1ª Vara de Registros Públicos, Fazenda Pública e Autarquias Municipais, Falências e Recuperação Judicial de Juiz de Fora. Mestranda em Direito.

mesmo da pretensa aplicação dos princípios constitucionais, se não os considerarmos imanentes ao próprio processo. No dizer de Marcelo Cattoni, *toda a jurisdição é jurisdição constitucional, conforme os processos constitucional e legalmente previstos*.² Assim, a atuação jurisdicional carece, em primeiro lugar, da assunção, pelo magistrado, da diferenciação funcional entre os sistemas do Direito e da Moral na Modernidade: o primeiro, tendo como função *estabilizar expectativas de comportamento, generalizadamente* e, o segundo, a realização da justiça. Em decorrência, alcançaremos uma melhor compreensão do princípio da separação dos poderes – o que guarda íntima relação com o tema que ora nos propusemos a abordar.

Nesse contexto, insere-se ainda a importância da abordagem sociológica, cuja dimensão de observador Niklas Luhmann trouxe na formulação da Teoria dos Sistemas Autopoieticos.³ Com Luhmann passamos a compreender que a partir de diferentes operações temos sistemas diferenciados – Direito, Moral, Religião e Economia – e que a sociedade é, na verdade, não apenas um grupo de indivíduos, mas, sobretudo, um emaranhado recursivo de comunicação que opera o sistema social. Para ele, tais noções são importantes na compreensão da Modernidade, quando por ocasião dessa diferenciação funcional podemos observar o sistema do Direito; para o Magistrado são noções essenciais.

Partindo, portanto, da assertiva dessa diferenciação funcional sistêmica, vamos compreender que o Direito atua sob o código lícito/ilícito e a Moral sob o código justo/injusto, de forma que podemos verificar que argumentos nem sempre apropriados vêm sendo utilizados nas decisões jurisdicionais – principalmente do Supremo Tribunal Federal –, quando seus prolores lançam mão de raciocínios éticos, morais e pragmáticos, muitas vezes decidindo pelo código justo/injusto, conveniente/inconveniente, devido/indevido, pouco oneroso/muito oneroso, etc., os quais possuem pertinência com o processo legislativo e não com a resolução do caso concreto. Assim, a sistemática do processo legislativo deve

² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 207.

³ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

fazer parte de nossas preocupações para que compreendamos em que âmbito se situa a Política, e, sobretudo, que a Constituição nada mais é do que o acoplamento entre aquela e o Direito.

A formatação da distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação desenvolveu-se no pensamento de Klaus Günther para quem *questões referentes à validade de uma norma devem ser separadas das questões referentes à sua aplicação adequada*. Embora não se refira unicamente à jurisdição, visto que extensível também às decisões administrativas, trataremos aqui apenas da aplicação do direito pelo juiz.

Entender que o Direito é um sistema de princípios e que todas as normas jurídicas são principiológicas, ou seja, diante de um caso concreto são, em princípio, aplicáveis, é um grandioso passo para a maioria dos juízes brasileiros, de formação ainda positivista. Da mesma forma, é primordial compreender – com a Teoria Discursiva do Direito, de Jürgen Habermas – *que a problemática acerca da interpretação jurídica é, no fundo, uma questão em torno de uma disputa de paradigmas do Direito*, assim traduzidos pelas *pré-compreensões que informam a própria decisão jurisdicional* ou *a respeito de como se deve interpretar e aplicar o Direito*. Habermas afirma que não obstante as expressões *ideal social, visão social*, ou, simplesmente *teoria* tenham a ver com as *concepções implícitas das pessoas acerca da própria sociedade*, um paradigma jurídico é deduzido, em primeira linha, das *decisões exemplares da justiça, sendo geralmente confundido com a imagem implícita que os juízes formam da sociedade*.⁴

Por outro lado, o jusfilósofo constata que a teoria do direito é distante do trabalho de interpretação judicial, deixando claro *que os especialistas interpretam as proposições normativas em dois contextos: o do corpo jurídico tomado como um todo e o da pré-compreensão dominante na sociedade atual*, de modo que *a interpretação do direito constitui também uma resposta aos desafios de determinada situação social, percebida de certa maneira*.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 128-129.

Percebe-se, portanto, a grandeza do significado social da jurisdição, pois é na dicção dos juízes através dos tempos que se constrói um senso do que seja a sociedade em questão – um significado que transcende a própria decisão e irá fazer parte dos círculos seguintes de interpretação e aplicação do direito.

Estando contextualizada, no momento atual, sob o paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, a atividade de aplicação do direito (decisão jurisdicional) ganha importância na medida em que operacionaliza a tensão entre faticidade e validade, que nada mais é do que a *tensão entre a positividade e a legitimidade do direito*.

No caminho da decisão racional, o aplicador da lei deve partir do pressuposto de que todas as normas legisladas são válidas na busca pela norma adequada ao caso concreto. Entretanto, aquela que não encontrar aplicação, embora válida, irá ceder espaço a uma outra que seja adequada e neste processo participam o juiz e as partes, sendo a decisão uma construção de todos os envolvidos cuja destinatária final é, também, a sociedade. Este sentido é assumido por Habermas quanto ao princípio do discurso, que preconiza que na Modernidade as normas somente são válidas na medida em que todos os seus destinatários são igualmente seus autores, sendo papel da Constituição, em sentido amplíssimo, garantir as condições de produção legítima do Direito e os direitos fundamentais.

O discurso de aplicação é, portanto, aquele em que os participantes, assim que nele ingressam, *têm que abandonar a perspectiva das circunstâncias serem iguais em toda situação, pressuposta com a validade da norma* – daí o termo *normas prima facie aplicáveis*, significando que *será insuficiente arguir que uma norma válida é aplicável a determinado caso, pois a cláusula prima facie contém um ônus recíproco de argumentação* – e assumir esse ônus da argumentação. E o argumento não é dirigido contra *a validade da norma em colisão, mas contra sua adequação, levadas em consideração todas as circunstâncias da situação*.

No dizer de Cruz, o discurso de justificação *viabiliza uma decisão imparcial a partir de ações comunicativas ou estratégicas, por meio de um mecanismo de depuração: o processo*.⁵ Pois bem, o

⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008, p.188.

autor observa uma característica fundamental do discurso de aplicação, que é a ocorrência de ação estratégica das partes, melhor explicando: não há, no processo judicial, obrigação de ação cooperativa das partes em busca da verdade, muito pelo contrário, as mesmas se servem de argumentos estrategicamente conduzidos no sentido de obter decisão que lhes seja favorável. Exemplificando, temos a fase processual da produção de provas, que demonstra claramente a necessidade de estratégia dos litigantes rumo ao desfecho que lhes interessa. Está implícita tal atitude entre os participantes de um processo judicial. Segundo Habermas, *os papéis da participação no processo são definidos de tal maneira que o levantamento de provas não está estruturado discursivamente no sentido de uma busca cooperativa da verdade.*⁶

Já no caso do discurso de fundamentação (ou justificação) não há, implicitamente, a necessidade do agir estratégico, embora o mesmo não possa ser excluído pelos participantes, como no caso de *lobbies e grupos de pressão* que agem estratégica e articuladamente para a realização de seus interesses. Habermas adverte, contudo, que *caso a influência do dinheiro e da burocracia prevaleçam sobre a solidariedade e a racionalidade argumentativa, o discurso de fundamentação desnatura-se, tornando-se incapaz de conferir legitimidade à legalidade.* Assunto para outra reflexão, seria, portanto, a questão da desnaturação do discurso de justificação.

A visão do filósofo alemão quanto à distinção entre as funções do julgador e do legislador é clara, não assumindo a possibilidade de que o Poder Judiciário e, principalmente, as cortes constitucionais sejam entendidos como legisladores concorrentes ou Poder Constituinte Originário anômalo. Essa questão tem relação direta com a maneira do exercício da Jurisdição Constitucional, com a não caracterização do juiz como legislador e pressupõe uma leitura do princípio da separação dos poderes sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Retornando à questão da aplicação do direito, quando então, a autoridade julgadora parte rumo à procura da norma adequada à situação que

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 293.

se apresenta, poderá ocorrer que *várias interpretações sejam possíveis ou que várias normas sejam válidas, da perspectiva dos discursos jurídicos de justificação*, segundo nos adverte Cattoni de Oliveira, o que *não quer dizer que todas elas sejam adequadas ao caso concreto*⁷. Ocorre a colisão de normas, contexto no qual grande parte dos julgadores passaram a aplicar a ponderação material de comandos otimizáveis, propugnada por Robert Alexy, jurista alemão, contemporâneo, que, neste particular, colide com Habermas e Günther.

Sob essa ótica faremos uma breve análise da argumentação, como dissemos, majoritariamente utilizada pelo STF e ancorada na proposta por Alexy em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Em *Faticidade e Validade*, Habermas coloca em paralelo seu pensamento com os de Günther, Alexy e também Ronald Dworkin, outro pensador do direito na atualidade, nos permitindo entender, afinal, a lógica do discurso jurídico.

Aqui, pretendemos afirmar que a teoria alexyana, muito utilizada pelo STF em vários de seus julgados dos últimos anos, traduz-se, na verdade, em perigosa argumentação política, dando azo a toda forma de discricionariedade, impregnando a magistratura de uma cultura da gradualidade, admitindo como certa uma decisão judicial que venha a expressar o que é preferível e não necessariamente o devido, fazendo de nós refêns do pragmatismo.

É Chamon Júnior quem nos ajuda a entender a problemática concepção de Alexy quanto à utilização dos princípios como *mandatos de otimização*, ou seja, *mais ou menos satisfeitos, permitindo, portanto, a verificação de variados graus de cumprimento*:

Inerente à noção alexyana de normas-princípio é o grau de satisfação e de cumprimento a serem observados. Enquanto seriam os princípios obrigações de otimização, as regras possuiriam um caráter de obrigação definitiva. Somente assim, entende ALEXY, é que se poderia explicar porque a ponderação seria, então, sempre relacionada à aplicação dos princípios – o que abre a perspectiva argumentativa de Alexy a uma interpretação da legitimidade de aplicação do Direito por aproximação, já que se

⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, cit., p. 148.

poderia satisfazer com o grau mais alto **possível** de aplicação normativa.⁸ (grifamos)

Na verdade, o princípio da proporcionalidade vem sendo aplicado como uma panaceia, bem ao modo positivista e tendente ao decisionismo judicial, impondo sérios riscos de se transformar o Poder Judiciário em órgão autoritário. E outra não é a conclusão de Chamon Júnior, para quem

Tratar os princípios como pretende ROBERT ALEXY é submeter o Direito, e sua aplicação, a uma questão de preferências frente a fins que não segue uma ótica capaz de ser defendida como válida perante um sistema de direitos fundamentais. A operação de ponderação é, assim, alheia a qualquer critério de racionalidade normativa, se transformando em uma discussão que chega, para HABERMAS, a resultados discricionários e arbitrários. A norma, podemos dizer, não é mais ou menos realizada ou ordenada. Ela submete a uma noção binária. Pela visão de ALEXY, um princípio poderia fazer com que não se alcançasse um grau ótimo em sua aplicação, o que corresponderia dizer que a norma fora mais ou menos cumprida. Ora, o Direito ou é obedecido, ou não o é. O direito subjetivo não pode ser mais ou menos: ele não se submete a um peso gradual que pode ceder tanto perante outros direitos, bem como também a metas coletivas, bem contrariamente a DWORKIN.⁹

Finalizando, entendemos que das ideias que aqui pudemos expressar, uma grave reflexão se apresenta ao juiz contemporâneo: desenvolver seu senso de adequabilidade normativa não depende de puro conhecimento científico, mas, sobretudo, da busca de uma *interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação, tendo em vista uma reconstrução paradigmática apropriada do Direito vigente*. Ainda que o dispositivo da sentença seja acertado é a fundamentação adequada que garante a integridade do direito, pois ela se projeta para além dos seus destinatários, para a própria sociedade.

⁸ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal – Contribuições a uma Reconstrução Dogmática Penal 100 anos depois*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 58.

⁹ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal – Contribuições a uma Reconstrução Dogmática Penal 100 anos depois*, cit., p. 58.

THE DIFFERENCE BETWEEN “SPEECH OF JUSTIFICATION” AND “SPEECH OF APPLICATION”, AND ITS IMPORTANCE TO THE CONTEMPORARY JUDGE’S JOB

ABSTRACT: Approach the distinction of “speech of application” and “speech of justification” (its validity) as well as the difference between the systems of law and morals, and its importance in performing the judge’s function. Analyzes the importance of principled view of law and the misconception, according to Jürgen Habermas, of the deliberation method proposed by Robert Alexy, when he brings up a model of principles in the normative structure, giving reasons to judicial discretion.

KEY WORDS: speech of justification, speech of application, principled view of Law, jurisdiction.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal – Contribuições a uma Reconstrução Dogmática Penal 100 anos depois*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, II.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.