

JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES JURÍDICAS EM ROBERT ALEXY E A CRÍTICA DE JÜRGEN HABERMAS

RACIONAL JUSTIFICATION FOR LEGAL DECISIONS IN ROBERT ALEXY AND JURGEN HABERMAS CRITICAL

*Bruno Franco Alves**
*Marina Oliveira Guimarães***

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo apresentar em linhas gerais a proposta metodológica de Robert Alexy para a justificação racional das decisões jurídicas e a crítica correspondente que lhe é dirigida por Jürgen Habermas. Alexy desenvolve uma teoria da argumentação jurídica em que busca estabelecer critérios, condições e regras capazes de balizar a correta aplicação do direito. Ao diferenciar as normas jurídicas em regras e princípios, propõe um procedimento próprio a ser seguido pelo intérprete em caso de colisão de princípios e afirma que eles constituem mandados de otimização passíveis de serem aplicados em distintas gradações. Em sua crítica, Habermas apresenta os pontos fracos da teoria da argumentação jurídica de Alexy e alerta para os riscos que sua concepção axiológica dos princípios representaria aos direitos individuais.

Palavras-chave: Argumentação Jurídica. Princípios. Democracia.

* Mestre em Teoria do Direito pela PUC-Minas. Professor da Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga. Contato: bfrancoufv@yahoo.com.br.

** Mestra em Economia Familiar pela Universidade Federal de Viçosa. Professora da Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga. Contato: marinaoguimaraes@yahoo.com.br.

ABSTRACT

This study aims to outline the methodology proposed by Robert Alexy for the rational justification of legal decisions and corresponding criticism which is directed by Jürgen Habermas. Alexy develops a theory of legal reasoning that seeks to establish criteria, terms and conditions can mark out the correct application of law. By differentiating the legal rules in rules and principles, proposes a specific procedure to be followed by the interpreter in a collision of principles and says they are sent optimization which can be applied in different gradations. In his critique, Habermas shows the weaknesses of the theory of legal argumentation Alexy and warns of the risks that his conception of the principles axiologizante represent individual rights.

Keywords: Legal Reasoning. Principles. Democracy.

INTRODUÇÃO À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

As atrocidades cometidas durante a Segunda Grande Guerra pelos regimes fascistas, muitas delas respaldadas em normas formalmente *válidas*, fez com que emergisse com mais vigor a preocupação em se definir um critério de validade para o direito e destacou a importância do conteúdo material das decisões judiciais.

O primeiro passo em direção a este objetivo significava superar a proposta metodológica do positivismo analítico. Isto porque o método positivista nega à “ciência do direito” a possibilidade de desenvolver qualquer critério material capaz de subordinar as decisões dos julgadores, que estariam adstritos apenas pelas normas jurídicas. Destarte, dentre as diversas decisões possíveis para um mesmo caso, não haveria como se afirmar a superioridade de uma sobre a outra, ou qual seria a mais correta, já que não cabe ao Direito determinar dentre as interpretações possíveis das normas jurídicas aquelas que são mais adequadas e que, portanto, devem prevalecer.

Em resposta ao extremo formalismo positivista, surge um expressivo número de teorias cuja preocupação central é afastar do campo jurídico o decisionismo, a arbitrariedade e a irracionalidade. Neste bojo,

encontra-se a proposta de uma teoria da argumentação desenvolvida pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy.

Em sua obra *O conceito e a validade do direito*, Alexy afirma que o ponto central das polêmicas envolvendo o conceito de direito está na forma como é concebida a relação entre direito e moral. De um lado estariam as teses positivistas, para as quais o conceito de direito deve ser definido independentemente de qualquer elemento moral, portanto sem qualquer referência valorativa ao conteúdo das normas jurídicas. Do lado oposto se posicionariam as teses não positivistas, em que o conceito de direito aparece vinculado a elementos morais.¹

Alexy pretende fugir à dicotomia direito positivo x direito natural ao forjar um conceito de direito composto de três elementos: i) legalidade conforme o ordenamento; ii) eficácia social e iii) correção material. Para o autor, aqueles que desconsideram a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social valendo-se apenas da correção material obtêm um conceito de direito puramente jusnatural ou jusracional, pois conceituariam o direito utilizando apenas o critério de conteúdo da norma. Os que excluem totalmente o elemento da correção material e valem-se apenas dos dois primeiros elementos chegam a um conceito de direito puramente positivista, pois não consideram o conteúdo como critério de definição para definição do que seja direito.²

Considerados os elementos citados, Alexy define o direito da seguinte forma:

O direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste em uma totalidade de normas que pertencem a uma Constituição com eficácia geral e que não são extremamente injustas, bem como a totalidade de normas promulgadas de acordo com esta Constituição, que possuem um mínimo de eficácia social ou probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas e ao qual (3) pertencem os princípios e os outros argumentos normativos em que se apóia o procedimento de aplicação do direito e/ou tem que apoiar-se a fim de satisfazer uma pretensão de correção.³

O primeiro elemento do conceito de direito elaborado por Alexy exige que as normas de direito formulem um pretensão de correção, isto é, que busquem uma justificação racional.

No segundo elemento, o professor de Kiel insere requisitos de cunho positivista, ao submeter a validade das normas constitucionais à eficácia social e a validade das normas infra-constitucionais à observância da constituição e a possibilidade, ao menos, de serem eficazes. A nota que distingue aqui Alexy dos positivistas é que ele vincula a validade de ambas as normas ao critério da justiça, considerando inválidas aquelas que forem extremamente injustas.

Na terceira parte, o autor incorpora ao conceito de direito o procedimento de aplicação, considerando como direito “tudo aquilo em que se apóia ou tem que apoiar-se quem aplica o direito a fim de satisfazer a pretensão de correção pertencente ao direito”⁴. Destarte, compõem o ordenamento jurídico os princípios que não seriam identificados como jurídicos a partir de critérios de validade de uma constituição e outros argumentos normativos que fundamentam as decisões.

Alexy alerta que os diferentes conceitos de direito podem conduzir a decisões judiciais distintas.⁵ Desta forma, coerente com a sua concepção do que seja o direito, envidará esforços na elaboração de uma teoria da argumentação jurídica que seja capaz de fornecer os subsídios necessários para uma correta aplicação do direito.

A impossibilidade de se solucionar os casos concretos a partir de uma operação silogística envolvendo uma lei abstratamente formulada é admitida por unanimidade na discussão contemporânea sobre o método do direito. Segundo Alexy quatro são os motivos que obstam as decisões judiciais de obedecerem a esta formulação tradicional: i) a imprecisão da linguagem do direito; ii) a possibilidade do conflito entre normas; iii) possibilidade de haver casos que não cabem em nenhuma norma válida existente; iv) A possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.⁶

Cada um destes pontos elaborados por Alexy corresponde a um problema a ser solucionado pelos juristas. A pluralidade de sentidos dos vocábulos permite diferentes interpretações da norma jurídica. Se existe uma interpretação semântica que possa ser considerada a melhor, qual o critério para que possa ser afirmada como tal? Em caso de antinomia cuja solução não seja possível nos quadros do ordenamento jurídico vigente, qual norma deve ser aplicada? Como decidir nos casos

em que não há uma norma jurídica reguladora? Qual o critério para que uma decisão possa contrariar um dispositivo legal?

Para Alexy as decisões jurídicas devem ser corretas, o que implica que para cada caso a decidir há uma sentença adequada que deve ser perseguida pelo julgador. Como em um Estado Democrático de Direito as decisões judiciais não podem ser tomadas com base simplesmente no arbítrio da autoridade julgadora, a correção das decisões judiciais reside na possibilidade e necessidade de sua justificação racional, de forma que sem a devida fundamentação elas carecem de legitimidade.

Alexy admite que há casos em que as decisões não são completamente regidas por normas jurídicas, regras do método jurídico e doutrinas de dogmática, sendo que o julgador pode escolher uma entre várias soluções possíveis. Nestes casos, é inegável que a resolução da contenda se faz baseada em um juízo de valor.

A escolha da pessoa que decide é que determina qual proposição normativa singular deve ser afirmada (por exemplo, numa pesquisa científica de Direito) ou promulgada como um julgamento num caso. [...] Nesta decisão é dada preferência a uma ação ou forma de comportamento da parte de uma ou de mais pessoas, sobre outras ações ou formas de comportamento da parte dessas pessoas. Uma tal ação de preferência, no entanto, exige um julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é melhor do que a outra e, neste ponto, propicia a base de um julgamento de valor.⁷

Mas como alcançar decisões corretas em uma sociedade plural, em que valores e visões de mundo diferentes são cultivados sob uma mesma ordem jurídica? Assumido a posição de que a própria ordem jurídica deve garantir e respeitar a pluralidade, como afirmar que para um mesmo caso particular uma decisão judicial proferida é mais adequada que as outras decisões possíveis?

Para resolver o problema da validade das decisões judiciais, Alexy propõe uma avaliação objetiva, afastando as soluções que asseveram a prevalência das convicções morais subjetivas do juiz sempre que a aplicação de uma norma jurídica requerer um julgamento de valor.⁸

Para o autor, a justificação racional das decisões judiciais seria alcançada a partir da argumentação jurídica, considerada por Alexy

como um caso especial da argumentação prática em geral, o que denominou de “tese do caso especial”. O discurso da argumentação jurídica, assim como o discurso da argumentação prática em geral, se ocupa com questões práticas – questões sobre o que pode ser feito ou omitido – e com a correção de suas afirmações normativas. Entretanto se distinguem pelo fato de a argumentação jurídica acontecer no contexto de uma série de condições limitadoras, tais como a necessária consideração das leis, dos precedentes jurisprudenciais, da dogmática usada pela ciência do Direito, bem como as sujeições impostas pelas regras de ordem processual.⁹

Com a finalidade de explicar a fórmula do racionalmente justificável no âmbito jurídico, Alexy busca delimitar o que se deve entender por afirmação normativa racionalmente justificável. Para tanto, primeiramente formula uma teoria do discurso prático geral, cujo cerne é composto de um total de 22 regras explicitamente formuladas, bem como uma tábua de seis formas de argumentos.¹⁰

Por meio do controle da argumentação, estas regras e formas de argumentos permitem que se obtenha um maior grau de correção das conclusões que se pretende formular, demonstrando como é possível se obter afirmações normativas bem fundamentadas. Apesar de não serem suficientes para produzir uma certeza final, estas regras são de considerável importância por servirem como critério de julgamento da correção normativa, possibilitando a exclusão de tudo o que não seja racional numa justificação objetiva.¹¹

Reconhece o professor de Kiel que não obstante o discurso prático geral permitir que o melhor argumento seja alcançado e racionalmente justificado ele não é suficiente para que as pessoas se comportem da forma querida, pois ter consciência de qual ação ou omissão é a correta não significa que se vá fazer ou deixar de fazer algo.

Desta forma, as limitações do discurso prático geral em alcançar soluções vinculantes explicam a necessidade das regras jurídicas, e, por conseguinte, da argumentação jurídica.

A necessidade de um discurso jurídico surge da debilidade das regras e formas do discurso prático geral, que definem um procedimento de decisão que em numerosos casos não leva a nenhum resultado e que,

se leva a um resultado, não garante nenhuma segurança definitiva [...]. Dada esta situação e a necessidade de decidir existente de fato, é racional (isto é, fundamentável num discurso prático) concordar com um procedimento que limite o campo do possível discursivamente de maneira mais racional possível. Exemplo de tal procedimento são as normas jurídicas (materiais e processuais) elaboradas mediante princípios da maioria e da representação.¹²

A argumentação jurídica, ao contrário da argumentação prática geral, estaria vinculada ao direito vigente, o que faz com que nas disputas jurídicas nem todas as questões estejam em discussão.¹³ Não pode ser questionado em um processo, por exemplo, se o prazo para o réu oferecer resposta é curto e deveria ser maior ou se a imputabilidade penal deveria se iniciar aos dezesseis anos. Estas são questões dadas e não estão abertas à discussão no âmbito de um processo judicial.

Reconhece Alexy que o desenvolvimento da argumentação jurídica não elimina por completo as debilidades do discurso prático geral. Para o autor, o procedimento por ele proposto em sua teoria da argumentação jurídica racional não garante a segurança de resultado, todavia afirma que a ausência de certeza não é capaz de retirar do Direito o seu caráter científico e racional.¹⁴ Este estaria atrelado ao cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras, cuja identificação e sistematização caberiam a uma teoria da argumentação jurídica. Poder-se-ia falar, então, em decisões jurídicas corretas quando obedecidos os procedimentos racionalmente estabelecidos para se atingir as decisões.

Com sua teoria da argumentação jurídica, Alexy almeja desenvolver uma teoria normativa e analítica do discurso jurídico, partindo da análise da estrutura lógica encontrada nos possíveis argumentos utilizados para propor e justificar os critérios que confeririam a racionalização do discurso jurídico.¹⁵ Subjaz ao seu intento a crença na possibilidade de aproximar o direito da correção e da justiça a partir do desenvolvimento de uma teoria da argumentação capaz de excluir tudo que não seja racionalmente justificado dos julgamentos jurídicos.

OS LIMITES DA PROPOSTA ALEXYANA: AS CRÍTICAS DE HABERMAS À TESE DO CASO ESPECIAL

Muitas são as críticas que se dirigem à teoria alexyana, todavia se limitará este ensaio àquelas que acusam sua teoria de colocar em risco o Estado Democrático de Direito e que apontam a irracionalidade de suas propostas.

Entre os críticos mais contundentes às teses de Alexy se destaca o filósofo alemão Jürgen Habermas, que vem travando com este uma profícua discussão pública sobre suas propostas.¹⁶

Um primeiro conjunto de críticas se dirige à “tese do caso especial”. Habermas¹⁷ aponta a irracionalidade da teoria alexyana, que considera a argumentação jurídica como uma espécie da argumentação geral, levantando contra ela quatro objeções, todas visando atacar a sua racionalidade.

A primeira objeção se assenta no fato de o processo judicial não poder ser medido racionalmente, já que as partes não estão em busca da verdade, mas, antes, visam à satisfação de seus interesses pessoais. Esta primeira objeção é atenuada pelo próprio Habermas,¹⁸ que reconhece que as partes fornecem contribuições para um discurso que serve para a formação imparcial do juízo, na perspectiva do juiz.

A segunda objeção de Habermas¹⁹ aponta para o fato de que as condições procedimentais em que se desenvolvem as argumentações em geral não permitem atingir uma única decisão correta por não serem suficientemente seletivas.

A crítica de Habermas²⁰ continua em sua terceira objeção para afirmar que a teoria de Alexy gera como “desagradável consequência” não apenas a possibilidade de relativizar a correção das decisões jurídicas, mas as coloca em questão como tal. Devido ao fato de Alexy assumir que a racionalidade da argumentação jurídica depende da racionalidade da legislação, se não há uma legislação que se diga racional, a correção das decisões jurídicas é relativizada, ou mesmo, posta em xeque.

Por fim, Habermas²¹ admite que os discursos jurídicos possam ser analisados seguindo o modelo de discursos morais, pois em ambos

os casos se trata de aplicação de normas. Entretanto, levanta sua quarta objeção à teoria de Alexy apontando que em decorrência do maior grau de complexidade que envolve o processo de legitimação das normas jurídicas não é possível se comparar a correção das decisões jurídicas à validade dos juízos morais, o que impede de considerar a argumentação jurídica como caso especial dos discursos morais.

Habermas levanta outra crítica contundente à tese do caso especial: que o poder que ela confere ao judiciário colocaria em risco a legítima democracia. Defende o filósofo que acatada a tese do caso especial, admitindo-se argumentos morais como fundamentos das decisões judiciais, permite-se ao juiz atuar em um espaço de razões irrestritas que o discurso prático geral oferece, obscurecendo a “linha vermelha” que demarca a divisão de poderes entre os tribunais e a legislação. Se os juízes extrapolam em suas decisões as razões que foram utilizadas para a aprovação da norma no parlamento, acabam por se tornar independentes dos órgãos e dos procedimentos que fornecem a única garantia da legitimidade democrática, isto é, o parlamento e o devido processo legislativo.²²

Ao expor as teses principais de sua teoria no XXIV Congresso Mundial da Internationale Vereinigung für Rechtsund Sozialphilosophie (IVR),²³ Alexy²⁴ respondeu a esta crítica central de Habermas sustentando-se em dois argumentos: i) que a tese do caso especial não representa uma permissão irrestrita para o intérprete/aplicador utilizar-se indiscriminadamente de argumentos do discurso prático geral, já que ela prevê regras que devem ser utilizadas prioritariamente²⁵; ii) que apesar da relevância da real intenção do legislador para a interpretação da norma, muitas vezes há dificuldades em reconhecê-la ou ela é vaga ou inconsistente.

OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO “MANDADOS DE OTIMIZAÇÃO” E OS RISCOS À DEMOCRACIA.

Alexy distingue as normas jurídicas em regras e princípios. O critério central para a sua classificação está na forma como cada tipo de norma é aplicada. Enquanto as regras têm caráter de “mandados definitivos”, os princípios constituem “mandados de otimização”, o

que significa que as regras são analisadas segundo o parâmetro de validade e ordenam, quando válidas e passíveis de aplicação, uma conduta que deve ser realizada exatamente da forma como elas exigem. De outra forma, os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, o que importa a possibilidade de serem satisfeitos em diferentes graus.²⁶

A diferença entre as regras e os princípios na teoria alexyana fica evidente a partir da solução que o autor apresenta para os casos de conflito de regras e de colisão de princípios. Ele assevera que o conflito de regras é resolvido perquirindo-se sobre a validade de cada norma em conflito, de forma que a aplicação de uma regra representaria a invalidade da outra. De modo diverso, os princípios podem ser ponderados nos casos em que houver tensão entre mais de um deles no caso concreto.

Para explicar em que consiste a ponderação de princípios, Alexy²⁷ vale-se de um caso submetido ao Tribunal Constitucional Alemão, em que um acusado que deveria ser submetido a uma audiência corre o risco de sofrer um ataque cerebral ou um enfarto. Neste caso, se verifica que o dever do Estado de garantir a aplicação de suas leis penais encontra-se em tensão com o direito do acusado à sua vida, numa nítida colisão de princípios. Segundo Alexy,²⁸ “o que importa aqui é saber qual dos interesses, abstratamente da mesma dimensão, tem o peso maior no caso concreto.”²⁹

A aplicação de um princípio não invalida o outro, apenas significa que naquele caso concreto o princípio aplicado possui precedência sobre os demais, devido às circunstâncias que envolvem cada situação. No caso em questão, realizada a ponderação entre os princípios em tensão, o Tribunal Constitucional Alemão julgou que o direito à vida prevalece sobre o dever estatal de persecução penal.

O conceito alexyano de princípio como mandado de otimização conjugado à proposta que apresenta para os casos de colisão de princípios, qual seja, a ponderação com base em critérios de preferência, servem de base para a conclusão a que chega o autor sobre a diferença entre princípios e valores, marcada unicamente pela dimensão a que pertence cada um.

Segundo Alexy

Toda colisão de princípios pode ser apresentada como uma colisão de valores e toda colisão de valores como uma colisão de princípios. A única diferença reside no fato de que nas colisões de princípios há de se definir o devido, enquanto que a solução de uma colisão de valores há de responder qual é o melhor. Uma pauta que diz o que é devido, o que é ordenado, o proibido ou o permitido tem um caráter deontológico. Ao contrário, se diz o que é bom e o que é mau, melhor ou pior, tem um caráter axiológico. *Portanto, princípios e valores são iguais, os primeiros com dimensão deontológica e os outros com dimensão axiológica.*³⁰

Na teoria do direito alexyana, o sistema jurídico aparece organizado em três níveis, o que ele denomina “modelo regras/princípios/procedimento”. Seria o procedimento o meio pelo qual se asseguraria a racionalidade na aplicação do direito, permitindo-se encontrar e fundamentar a decisão ordenada pelo sistema jurídico para um determinado caso,³¹ elidindo a possibilidade de prevalecerem decisões fundadas unicamente nas preferências pessoais, portanto, arbitrárias.

Em caso de colisão de princípios defende o autor que a ponderação realizada para a opção por um princípio não é discricionária, vez que deve atender a critérios de racionalidade para que possa atingir a correção almejada pelo direito.

Uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente. Desta maneira, o problema da racionalidade da ponderação conduz a questão da fundamentação racional de enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores ou princípios opostos.³²

Alexy afirma ainda que na ponderação de qualquer tipo de princípio, deve o julgador orientar-se pelo que denomina “lei da ponderação”. Segundo ela “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância de satisfação de outro princípio”.³³ Decorre necessariamente desta regra que os princípios não têm um peso absoluto, determinado por si mesmo, mas que o seu peso é relativo, já que apenas pode ser determinado em relação a outro princípio.³⁴

Apesar do esforço que realiza para diferenciar princípios e valores e de elaborar um método próprio para aplicação daqueles, Alexy não consegue se desvencilhar de procedimentos típicos da axiologia, submetendo normas de dever-ser a critérios de preferência e admitindo ser possível a sua gradação.

Habermas³⁵ afirma que o conceito de princípios como mandados de otimização e sua submissão à regra do balanceamento acabariam por subtrair do direito toda a sua força normativa e lhe retirariam o seu fundamento de racionalidade. Isto porque ao admitir a aplicação dos princípios de maneira gradativa, Alexy acabaria negando que princípios são normas de direito e, como tal, obedecem a um código binário (lícito/ilícito; correto/incorrecto) que estrutura o próprio direito.

Em sua crítica à Alexy, Habermas destaca que as normas jurídicas – regras e princípios – não poderiam ser observadas em maior ou menor medida de acordo com cada situação, mas apenas poderiam ser ou não ser observadas/aplicadas. Somente os valores admitiriam uma concorrência pela primazia e poderiam ser ordenados segundo uma ordem de preferência cada a caso.³⁶

Seguindo o fio condutor da argumentação habermasiana, se as decisões judiciais fossem passíveis de serem obtidas por meio do balanceamento de princípios haveria um distanciamento do ideal de racionalidade e correção pretendidas pelo direito, pois as decisões judiciais cingir-se-iam na órbita do preferível, segundo aquilo que é considerado bom por certa comunidade, não se pautando naquilo que é correto e devido segundo o direito.

Para Habermas,³⁷ os riscos das propostas teóricas concebidas por Robert Alexy atingiriam a própria construção do Estado Democrático de Direito à medida em que sua fórmula para aplicação do direito em caso de colisão entre princípios poderia por em risco direitos e garantias individuais, especialmente aqueles das ditas minorias.

Ao desconsiderar que os princípios obedecem a um código binário de validade, o que exclui a possibilidade de serem “pesados” segundo sua importância, Alexy abriria a possibilidade de os direitos individuais serem classificados como um bem entre os demais e de serem sacrificados em prol de fins coletivos. As sentenças se aproxi-

mariam de um espaço de mensuração subjetiva e não poderiam se submeter a critérios de justificação pautados na correção da decisão tomada, já que seriam fruto de uma ponderação envolvendo valores e a escolha entre valores fugiria à racionalidade.³⁸

As divergências teóricas entre Habermas e Alexy demonstram a tentativa contemporânea de superar o formalismo frio representado pelo positivismo jurídico e trazem ao jurista um chamado à reflexão e à busca por critérios de aplicação do direito que sejam capazes de garantir a contínua construção da democracia sem prescindir da exigência de justiça.

NOTAS

- 1 ALEXY, Robert. **El concepto y la validez Del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. p. 14.
- 2 Ibid., p. 21.
- 3 “El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz e no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.” In: ALEXY, Robert. **El concepto y la validez Del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. p.123, tradução nossa.
- 4 “Todo aquello en lo que se apoya e/o tiene que apoyarse quien aplica el derecho a fin de satisfacer la pretensión de corrección, pertenece al derecho.” In: ALEXY, Robert. **El concepto y la validez Del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. p. 126.
- 5 Ibid., p. 19.
- 6 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 17.
- 7 Ibid., p. 19-20.
- 8 Ibid., p. 22.
- 9 Ibid., p. 211.
- 10 Ibid., p. 27.
- 11 Ibid., p. 29.
- 12 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica Cláudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 275.
- 13 Ibid., p. 208-209.
- 14 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 272.
- 15 Ibid., p. 26.
- 16 Sobre o debate entre Alexy e Habermas, ver, dentre outros: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998.
- 17 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

- 18 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 287-288.
- 19 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. vol. I Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 288.
- 20 *Ibid.*, p. 288.
- 21 *Ibid.*, p. 290-291.
- 22 O texto de Habermas citado por Alexy é o seguinte: "Once the judge is allowed to move in unrestrained space of reasons that such a general practical discourse offers, a "red line" that marks the division of powers between courts and legislation becomes blurred. In view of the application of the particular statute, the legal discourse of the judge should be confined to the set of reasons that legislators either in fact [have] put forward or at least could have mobilized for the parliamentary justification of norm. The judge, and the judiciary in general, would otherwise gain or appropriate a problematic independence from those bodies and procedures that provide the only guarantee for democratic legitimacy." In: ALEXY, Robert. The due nature of law. In: IVR WORLD CONGRESS, 24, 2009, Beijing, China. *Papers*: plenary sessions. Beijing: IVR, 2009, p. 273.
- 23 CONGRESSO MUNDIAL DA ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE FILOSOFIA DO DIREITO E FILOSOFIA POLITICA, 24., 2009, Beijing: Papers: plenary sessions. 2009.
- 24 ALEXY, Robert. The due nature of law. In: IVR WORLD CONGRESS, 24, 2009, Beijing, China. Papers: plenary sessions. Beijing: IVR, 2009, p. 273.
- 25 Alexy cita como exemplo a regra segundo a qual "Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que dêem prioridade a outros argumentos." In: ALEXY, Robert. The due nature of law. In: IVR WORLD CONGRESS, 24, 2009, Beijing, China. Papers: plenary sessions. Beijing: IVR, 2009, p. 273.
- 26 ALEXY, Robert. **El concepto y la validez Del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. p. 162.
- 27 *Ibid.*, p. 163.
- 28 ALEXY, Robert. **El concepto y la validez Del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. p. 163. Tradução nossa.
- 29 "Lo que importa aquí es saber cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, tiene un peso mayor en el caso concreto." In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 163.
- 30 "Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores y toda colisión de valores como una colisión de principios. La única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir, que es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio, si dice qué es bueno o malo o mejor o peor, tiene un status axiológico. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico." In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 164. Tradução nossa, grifo nosso.
- 31 ALEXY, Robert. **El concepto y la validez Del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. p. 174.
- 32 "Una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente. De esta manera, el problema de la racionalidad de la ponderación conduce a la cuestión de la posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre valores e principios opuestos." In: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 159. Tradução própria.
- 33 "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro." In: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 161. Tradução própria.

- 34 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 161.
- 35 HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998.
- 36 HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998. p. 429.
- 37 HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998.
- 38 HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998. p. 429.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez Del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica Cláudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. The due nature of law. In: IVR WORLD CONGRESS, 24, 2009, Beijing, China. Papers: plenary sessions. Beijing: IVR, 2009, p. 257-274.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Reply to symposium participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998.

Artigo recebido em: 19-12-2011

Aprovado em: 10-04-2012