

A RACIONALIDADE DA ADEQUABILIDADE E A DISCURSIVIDADE DO PRINCÍPIO DE COERÊNCIA EM KLAUS GÜNTHER

Eder Fernandes Monica¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 Por um sentido de adequabilidade na aplicação jurídica. Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

Seguindo a teoria discursiva do direito, Günther parte do ideal de uma norma perfeita para fundamentar a necessidade da diferenciação entre fundamentação e aplicação das normas, ou seja, de que as razões de ações contêm não apenas uma dimensão de validade, mas também uma dimensão de aplicação, justificando, por meio do princípio da interpretação coerente, a pretensão de uma aplicação adequada de uma norma válida.

PALAVRAS-CHAVE: Justificação; Aplicação; Ética Do Discurso.

RESÚMEN

Seguindo la teoría discursiva del derecho, Günther parte de lo ideal de una norma perfecta para fundamentar la necesidad de una diferenciación entre fundamentación y aplicación de normas, o sea, de que las razones de acciones contienen no apenas una dimensión de validez, pero también una dimensión de aplicación, justificando, por medio de la interpretación coherente, la pretensión de una aplicación adecuada de una norma válida.

PALAVRAS-CLAVE: Justificación; Aplicación; Ética Del Discurso.

¹ Mestre em direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor do curso de direito da UNDB, em São Luis, Maranhão. Email para contato: ederfm@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Na proposta de Günther para uma aplicação coerente do direito, o princípio de universalização servirá para reformular as teses do imperativo categórico de Kant, adaptando-o às inovações trazidas pela virada lingüístico-pragmática e tendo por base a ética do discurso, que desvincula o agir ético de uma determinação monológica das prescrições de condutas. Segundo a formulação de Habermas, o princípio de universalização é o que requer, para que uma norma seja válida, a aceitabilidade, por parte de todos os envolvidos, das conseqüências e dos efeitos colaterais advindos do cumprimento dessa norma. Em um primeiro momento, esse princípio parece pressupor a consideração de todas as situações de aplicação no momento de fundamentação das normas. Mas Günther, ao distinguir entre fundamentação e aplicação, sugere duas versões do princípio de universalização, das quais a versão mais “fraca” permite-lhe descrever o momento de aplicação de uma norma como um complemento ao procedimento de fundamentação, que não necessitaria, nesse caso, fundamentar uma norma referindo-se às situações de sua aplicação².

Após a diferenciação entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, Günther justifica a pretensão de uma aplicação adequada de uma norma válida nos discursos de aplicação por meio do princípio da interpretação coerente, derivado do ideal de um sistema coerente de normas válidas, numa interpretação discursiva dos avanços teóricos trazidos por Dworkin, com a sua teoria da integridade.

1. POR UM SENTIDO DE ADEQUABILIDADE NA APLICAÇÃO JURÍDICA

Toda norma contém uma referência situacional, por mínima que seja. Cada norma refere-se, pelo seu simples conteúdo semântico, a situações, ou, mais preci-

² GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. P. 35-37.

samente, ostenta sinais de descrição de uma situação³. Hare sustenta que o princípio de universalização semântico é o critério de justificação da norma. Por meio dele a identidade (semântica) entre a "situação de aplicação descrita na norma e a situação de aplicação do caso concreto justifica as conseqüências prescritas na norma". Neste aspecto, a transição entre a situação de aplicação descrita na norma e as conseqüências previstas na mesma tem um *caráter empírico*⁴. Hare, ao fazer tal interpretação, liga a avaliação da qualidade moral de uma norma a uma "comparação entre diversas situações e características situacionais, que fazem parte de sua extensão semântica"⁵. No caso, a hipótese da norma deve ser aplicada "em situações que sejam diferentes, mas suficientemente semelhantes"⁶, e a fundamentabilidade da norma se encontra na sua submissão a um procedimento hipotético de teste "consistente em examinar se aceitaríamos esta mesma norma também em outras situações"⁷. Para Günther, esta interpretação dá a impressão de que, com a fundamentação, resolve-se igualmente o problema da aplicação. Além disto, o autor aponta a existência de um problema de limite cognitivo concernente ao exame da situação na perspectiva do outro implicado, que acaba se transformando num "teste egocêntrico"⁸. Como alternativa a esta interpretação semântica, Günther sustenta que, por meio de uma interpretação discursiva do princípio da universalidade, a transição entre a situação de aplicação descrita na norma e as conseqüências previstas na mesma é de *caráter normativo*⁹. Assim, o sentido pleno do princípio de universalização "só se exaure quando uma norma proposta pode ser aceita conjuntamente por todos, a partir da perspectiva de cada um individualmente". Em conse-

³ Ibid., 39-40.

⁴ SORIANO, Leonor M. Moral. *¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general*, p. 194.

⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. P. 49.

⁶ Ibid., 37.

⁷ Ibid., 43.

⁸ Ibid., 49.

⁹ SORIANO, Leonor M. Moral. *¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general*, p. 194.

quência, a formulação de Hare a este princípio deixa-o sem o *status* de princípio moral, sendo relevante apenas na sua aplicação a discursos¹⁰.

Günther busca subsídio na ética do discurso de Habermas para afirmar que o princípio moral de que as normas podem ser universalizadas por meio do princípio de universalização exige que “todos se coloquem mutuamente na posição da respectiva alteridade e avaliem, em conjunto, se a norma corresponde ao interesse comum”. Essa dimensão dialógica do princípio de universalização, em que todos fariam a aplicação em conjunto, exclui uma aplicação monológica do princípio e requer a execução de uma argumentação prática em forma de um discurso¹¹. No lugar da validade de uma norma depender de critérios isentos de interesses, “fixados em uma generalidade supra-objetiva e definida especificamente de um modo qualquer”, importa ao princípio de universalização o interesse de cada indivíduo. A partir da multiplicidade de diversos interesses, que podem conflitar entre si, torna-se necessária a constituição de um interesse comum. Quando se contrapõem os interesses de cada indivíduo e a aceitação em conjunto por todos os indivíduos, garante-se que os interesses da maioria ou de um determinado grupo não sejam decisivos. O que se pede é que cada um dos indivíduos coloque-se na perspectiva dos demais, para que se tenha conhecimento do interesse de cada um, encontrando-se então o interesse comum. Por este motivo, o princípio de universalização não pode ser aplicado monologicamente¹².

Numa interpretação extensiva do princípio da universalização, uma norma só seria considerada na situação específica em que fosse possível sua aplicação, referindo-se a isto todos os interesses dos indivíduos. Nesse sentido, o problema da aplicação estaria solucionado, pois decide-se que a norma é válida – que pode ser aceita por todos os afetados, por ser do interesse comum de todos – e que ela é adequada nas situações individuais passíveis de sua aplicação¹³. Diante

¹⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 50. O princípio semântico é retomado por Günther nos discursos de aplicação.

¹¹ *Ibid.*, 50-1.

¹² *Ibid.*, 63.

¹³ *Ibid.*, 63-4.

desta interpretação, Günther propõe a seguinte “versão forte” do princípio de universalização, que explicita a idéia de imparcialidade de forma completa¹⁴:

Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente¹⁵.

As condições ideais da fundamentação discursiva de normas válidas estão na base do ideal de uma norma perfeita. Para que uma norma seja válida ela deve ser a expressão de um interesse geral de ser seguida, que decorre da consideração recíproca dos interesses de cada um dos afetados pela incidência dessa norma. A reciprocidade apóia-se na força da convicção das razões apresentadas para a aprovação da norma, exigindo o cumprimento de determinadas condições ideais de argumentação para que se assegure uma motivação fundamentada somente na força dessas razões. Tais condições são baseadas em regras de consistência semântica e lógica, e também em regras que ordenam a participação livre e igual de todos os afetados. Se essas condições são atendidas, pode-se falar que houve um “consenso motivado racionalmente de modo não coativo”¹⁶. Para que os participantes do discurso possam prever as conseqüências e efeitos do seguimento da norma, eles têm que fazer uma descrição completa das implicações da aplicação desta norma. Isso só será possível, segundo Günther, se eles dispuserem de um “saber ilimitado e de um tempo infinito”. Uma norma assim fundamentada seria perfeita (*perfect*):

[A norma perfeita]... poderia regular sua própria aplicação, porque todas suas possíveis aplicações individuais teriam sido tema do discurso e a adequação de sua aplicação pertenceria ao significado de sua validade. Qualquer situação individual, na qual o interesse de um indivíduo pudesse ser afetado pelo seguimento geral de uma norma concreta, já teria sido considerada no discurso de fundamentação. Os participantes no discurso teriam a certeza de que

¹⁴ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, p. 37.

¹⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 65.

¹⁶ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, p. 278.

não haveria nenhuma situação na qual o seguimento da norma lesionaria um interesse generalizável¹⁷.

Apesar do ideal de norma perfeita ser um requisito suposto, satisfeito de modo contrafático, ele é problemático no âmbito da aplicação das normas por exigir que os participantes disponham de um saber e tempo ilimitados e que cumpram com as restantes condições idealizantes da argumentação. Assim, Günther defende a tese de que a fundamentação imparcial da validade de uma norma é diferente da aplicação imparcial a um caso particular, por acreditar ser irrealista a necessidade de se prever todas as colisões possíveis de interesses em todos os casos particulares¹⁸.

A crítica de Günther volta-se contra a versão forte do princípio de universalização por creditá-la muito ideal, pois exige uma condição em que “conseguiremos prever todas as situações nas quais a norma for aplicável. Tal condição requer um saber que abranja todos os casos de aplicação de uma norma, coincidindo o “juízo sobre a validade da norma com o juízo sobre a adequação”, saber este que não se encontra disponível. Segundo o autor, Habermas chamou a atenção para uma versão mais fraca deste princípio, onde as conseqüências e os efeitos considerados serão somente aqueles que “previsivelmente resultarem da observância geral da norma”. A aplicação fica condicionada ao conhecimento que se pode auferir no momento dado. Não poderemos prever todos os interesses dos possivelmente afetados, em todas as situações de aplicação, mas só tomamos conhecimento de nossos próprios interesses conforme forem interpretados no momento atual. Mas qualquer pessoa cujo interesse for possivelmente afetado pela aplicação da norma poderá participar do procedimento de validação, que não se refere a todas as situações previsíveis, mas sim “às conseqüências e aos efeitos colaterais previsíveis no momento atual”, relevantes para os interesses atuais de cada indivíduo possivelmente afetado¹⁹. Diante desta ponderação de Habermas, Günther sugeriu uma “versão fraca” do princípio de universalização:

¹⁷ Ibid., 279.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 66-7.

Uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente²⁰.

Nesta versão não se perquire exatamente quais características são relevantes para os interesses de todos os afetados no momento da aplicação, o que gera o risco de se perder o sentido de imparcialidade. Mas o sentido de validade de uma norma pode ser resgatado em duas direções: por um lado, uma norma é válida se os interesses de todos os afetados é supostamente observado em todas as situações; por outro, a norma adequada para a aplicação pode ser aceita por todos os afetados em diferentes circunstâncias. Na fundamentação importará somente a norma, sem a questão da aplicação em cada situação específica. Ao contrário, na aplicação o que importa é a adequação a todas as características da situação. Só que não são todas as situações que devem ser consideradas, pois o necessário é que em uma única situação sejam examinadas todas as características. Por isso, a adequação pressupõe uma restrição da versão forte do princípio de universalização, na qual “a decisão a respeito da validade de uma norma não implica qualquer decisão a respeito de sua adequação em uma situação, e vice-versa”²¹. Isto justifica uma versão mais fraca, que se complementa por um discurso de aplicação, com o fim de esgotar o sentido pleno da idéia de imparcialidade²².

É necessário destacar que, para Günther, não é possível abdicar da razão prática na análise dos casos de conflito moral e jurídico²³. Nesse sentido, os discursos de aplicação também estão inseridos no âmbito da razão prática, o que leva Günther a empenhar-se em mostrar “se e de que modo a aplicação de normas é possível como discurso”²⁴. Essa tarefa é baseada em uma “lógica da argumentação

²⁰ Ibid, 67.

²¹ Ibid., 68-71.

²² Ibid., 75.

²³ Ibid., 19.

²⁴ Ibid., 75.

de adequação”²⁵ que demonstrará com quais meios argumentativos uma descrição completa da situação será aproveitada para a resolução dos casos de colisão.

Em algumas situações há normas generalizáveis que podem colidir com outros interesses generalizáveis, ou seja, normas generalizáveis podem colidir entre si quando, em razão das circunstâncias do caso, somente se puder cumprir uma delas. Se pegarmos como exemplo duas normas como: (N1) *Deve-se manter as promessas*; (N2) *Deve-se ajudar àqueles que se encontram em caso de necessidade*; verificaremos que, mesmo havendo a possibilidade de colisão no âmbito da aplicação destas normas – como no caso específico demonstrado por Günther de alguém prometer ir a uma festa, mas ser chamado a prestar auxílio a um amigo que se encontra em uma situação de socorro – ambas podem ser generalizadas e a validade de uma não exclui a validade de outra. Assim, uma possível colisão não é relevante para argumentar sobre a validade das normas elencadas. No exemplo dado, reconhece-se a validade tanto do preceito de prestar ajuda quanto de manter as promessas, mesmo que existam situações de colisão. Desse modo, pode-se argumentar que nem em todas as situações em que a ajuda seja solicitada deve-se cumprir ao mesmo tempo uma promessa, e nem em toda situação na qual prometemos algo estamos obrigados concomitantemente a prestar ajuda. E também podemos afirmar que os necessitados de ajuda têm um interesse em que sejam mantidas as promessas e vice-versa. Günther chama esse caso de colisão como *colisão externa*, por somente ser identificada em situações de aplicação. Mas, por outro lado, podem haver casos em que uma das normas lesiona um interesse generalizável, o que afetaria a validade da norma. Se uma norma como (N3) *sempre que te proporcione uma vantagem, está permitido não manter uma promessa* for seguida, então nos casos de colisão somente uma norma será generalizável, lesionando os interesses dos outros afetados, independentemente da situação de aplicação. Desse modo, em qualquer situação um interesse comum será lesionado, pois só se poderá generalizar um dos dois interesses que colisionam entre si, por meio de uma “decisão excludente”. Este se-

²⁵ Ibid., 335.

gundo caso é chamado por Günther de *colisão interna*, porque neste caso as colisões são identificadas independentemente das situações de aplicação²⁶.

Feita esta diferenciação entre colisões externas e colisões internas, Günther²⁷ delimita o conceito de validade das normas somente à “reciprocidade da consideração de interesses sob condições que se mantêm iguais”, retirando deste conceito a adequação da aplicação da norma sob qualquer circunstância. A exigência de se considerar todas as circunstâncias de cada situação²⁸ é dividida em duas etapas. Se a validade de uma norma depende apenas de um seguimento geral da norma sob as circunstâncias que são de interesse comum, então é importante que as descrições da situação limitem-se somente a estas circunstâncias. Sendo assim, numa primeira etapa, para a averiguação da validade não é necessária uma descrição completa das situações. Deixa-se para uma segunda etapa a descrição íntegra da situação, a qual considerará as suas circunstâncias variáveis, liberando o conceito de validade de adequar a aplicação de uma norma sob qualquer circunstância. Em conseqüência, as normas válidas só serão aplicáveis *prima facie*²⁹ a uma determinada situação que ainda não foi prevista no processo de fundamentação³⁰. Na aplicação destas normas *prima facie* há a complementação das circunstâncias que se mantêm iguais pela consideração das circunstâncias variáveis em cada situação por meio de um discurso de tipo especial, denominado de *discurso de aplicação*. Em vez de se questionar acerca da validade de uma

²⁶ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, p. 279-82.

²⁷ *Ibid.*, 282-4.

²⁸ Esta exigência de se considerar as circunstâncias de um caso concreto não diz respeito aos elementos fáticos, mas aos *morais*, ou seja, aos aspectos que por um ponto de vista moral se destacam para a descrição do caso concreto (SORIANO, Leonor M. Moral. *¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general*, p. 200).

²⁹ Normas de aplicabilidade *prima facie* são aquelas que mandam fazer algo apenas por meio de uma suposição genérica e estão em contraposição àquelas que mandam fazer algo de modo absoluto ou definitivo (GÜNTHER, Klaus. *Teoría da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 305).

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 288.

norma, o participante preocupa-se com a sua “referência à situação”³¹, por meio de uma “recontextualização” da norma válida, à luz de um interesse comum, com a “consideração adequada de todos os sinais característicos especiais de qualquer situação nova que surja no espaço e no tempo” ao momento de serem aplicadas³². A atividade de aplicação seria, portanto, aquela que se volta para a solução de um conflito de normas válidas por meio da descrição de um caso concreto, em seus aspectos relevantes, com o objetivo de determinar qual das normas em conflito é a adequada ao caso. Nesse sentido, justificação e aplicação são “duas formas discursivas complementárias”³³, pois, conforme aponta Habermas, a validade das normas, por si só, não garante a justiça no caso particular³⁴.

De forma sintética, Soriano resume a lógica do discurso de aplicação em três fases: (a) na primeira há a exigência de que as proposições que descrevem uma situação sejam verdadeiras; (b) na segunda, deve haver a completa descrição da situação e a justificação da eleição de alguns aspectos em detrimento de outros; (c) e na terceira exige-se a consistência semântica, ou seja, a coincidência entre a situação contida na norma e a situação de aplicação descrita³⁵. A descrição completa da situação é submetida a um “esgotamento normativo”³⁶, no qual todas as razões *prima facie* relevantes são destacadas para que se chegue às razões definitivas para o caso, fundadas nos argumentos levantados no momento de se adequar a aplicação das normas. Desse modo, esta descrição completa opera como uma “força heliotrópica”³⁷ capaz de atrair a norma adequada para a

³¹ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, p. 287.

³² GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 79.

³³ SORIANO, Leonor M. Moral. *¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general*, p. 198-9.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 288.

³⁵ SORIANO, Leonor M. Moral. *¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general*, p. 200-1.

³⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 348.

³⁷ DUTRA, Delamar José Volpato. *A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas*, p. 25.

resolução do caso, fechando a “lacuna” que ficou aberta no processo de fundamentação imparcial devido à imprevisibilidade das situações futuras³⁸. Pressupõe-se que a validade das normas *prima facie* é estabelecida pelo compartilhamento de um “conjunto determinado de razões normativas válidas” dado de antemão:

[os participantes]... já estão seguros de sua reconhecibilidade e estão de acordo com o que querem ou não querem desde o ponto de vista racional sob a consideração de circunstâncias que permanecem iguais. Ao dispor do mesmo sistema de regras válidas, examinam implicitamente que razões devem ser pressupostas como válidas em um discurso de aplicação e, portanto, consideradas como normas aplicáveis *prima facie* [...] ³⁹.

Com a introdução da reserva *prima facie*, um juízo particular não se torna justificável somente com a invocação da aplicabilidade de uma norma válida. Deve-se também mostrar que há compatibilidade desta norma com todas as outras normas aplicáveis *prima facie* em dada situação, cabendo aos participantes do discurso o dever de fundamentar uma restrição ou suspensão de uma razão válida que seria aplicável ao caso, pois em cada situação há várias normas de aplicação *prima facie* válidas, mas só uma é justificada como adequada⁴⁰. Portanto, aquele que propõe que uma norma é aplicável *prima facie* não está defendendo a sua validade, mas a adequação de sua aplicação a um juízo particular. A contestação feita pelo oponente não recairá sobre a razão normativa dessa norma, mas sim sobre a sua “força em apoio de um juízo particular”⁴¹. Essa argumentação a respeito da adequação é feita a partir de uma “descrição completa da situação”, permitidora de uma “atuação seletiva”, que elege determinados pontos da situação como relevantes frente a outros sob a base de uma “tematização” que possi-

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 288.

³⁹ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, p. 286-7.

⁴⁰ *Ibid.*, 284-5

⁴¹ *Ibid.*, 287

bilita a visão de quais normas colidem umas com as outras numa situação de aplicação⁴².

A colisão de normas ocorre justamente porque somos obrigados a examinar todos os aspectos de uma situação. Neste sentido, é necessário que a colisão seja resolvida por meio de regras que estabeleçam, entre as normas que estão em colisão, uma espécie de “relação de consideração”⁴³. Assim, é no discurso de aplicação que ocorre o problema de colisão, pois ao serem examinadas todas as circunstâncias de uma situação as normas poderão colidir, demonstrando que a colisão é um problema de adequação e não de validade das normas⁴⁴. Nas palavras de Habermas:

Se da “colisão” das normas sopesadas no processo de interpretação se quisesse inferir uma “contradição” no próprio sistema normativo, confundiríamos a “validade” de uma norma supostamente justificada sob o aspecto da fundamentação, com a “adequação” de uma norma, que é o que deve ser submetido a exame no discurso de aplicação⁴⁵.

A um juízo particular diferentes justificações são cabíveis. Entretanto, somente uma delas cumpre o critério da adequação. Ao examinarmos a situação, todos os seus aspectos devem ser considerados, bem como quais normas de aplicabilidade *prima facie* podem ser introduzidas no discurso de aplicação. O participante do discurso que quiser defender a adequação de determinada norma assume a carga de argumentação para esta defesa, demonstrando não a validade da norma, mas sim que sua interpretação das normas aplicáveis em uma descrição completa da situação é coerente. Conforme o exemplo de Günther, uma argumentação pode chegar ao seguinte resultado com relação à colisão entre N1 e N2 na situação de se escolher entre o cumprimento da promessa de ir a uma festa ou prestar socorro a alguém que necessita de ajuda: (Na1) *para ajudar alguém que de repente se encontra em um caso de extrema necessidade, não de-*

⁴² Ibid., 288.

⁴³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 302.

⁴⁴ Ibid., 312.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 289.

vemos manter uma promessa insignificante. O proponente deste resultado deve argumentar o porquê dele ser a única justificção adequada do enunciado normativo particular (Np1) *deve-se ajudar a Y*⁴⁶. A fundamentação apresentada somente será convincente se este proponente se aproveitar de outros sinais característicos da situação que não foram demonstrados pelo outro participante e que fundamentam uma “diferença relevante”⁴⁷ capaz de fazer com que a alegação inicial seja afastada. Já este outro participante, se quiser preservar a sua afirmação, deverá oferecer razões para refutar os sinais trazidos por seu oponente⁴⁸. Em todo caso, as normas apresentadas como válidas para o caso devem formar um “sistema coerente ideal”⁴⁹ que permitirá uma justificção adequada, ou melhor, uma solução que seja a resposta correta.

Para Günther, a única justificção adequada é o resultado da “melhor teoria de todos os princípios aplicáveis”. Com essa afirmação, o autor vai contra as teorias que defendem que as normas ou os interesses colidentes devem ser “ponderados” uns com os outros, ou contra as que defendem as normas resultantes como expressão de decisão de preferências. A melhor teoria de todos os princípios aplicáveis

deveria explicitar detalhadamente o significado destes princípios. A norma que oferece aquela relação de prioridade não deveria aparecer como a realização ótima dos fins que concorrem em referência a todas as possibilidades, mas como o esgotamento ótimo do sentido normativo de ambos princípios sob a consideração de todas as circunstâncias⁵⁰.

Não há como se excluir o fato de que qualquer indivíduo, com base nas mesmas normas, pode chegar a diferentes juízos sobre o que é adequado a uma determinada situação. Entretanto, se os participantes de um discurso pautarem-se por

⁴⁶ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, p. 289-90.

⁴⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificção e aplicação*, p. 337.

⁴⁸ *Ibid.*, 347.

⁴⁹ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, p. 293.

⁵⁰ *Ibid.*, 291.

uma teoria uniforme por meio da qual compartilhem entre si princípios válidos e normas, chegarão a um resultado que é uma empresa comum dos mesmos implicados, evitando assim um tratamento arbitrário e uma aplicação unilateral e parcial dos princípios⁵¹.

O ideal de uma norma perfeita é alcançado indiretamente por meio da diferenciação conceitual entre validade e adequação, que são dois “critérios de correção complementários”⁵², pelos quais os participantes podem averiguar as conseqüências e os efeitos do seguimento das normas em condições de um “saber disponível em um espaço de tempo limitado”⁵³. Por este procedimento uma norma é aplicada como se tivéssemos previsto a situação de aplicação sob requisitos ideais e por isto podemos afirmar que ela é a única adequada a uma determinada situação. Desse modo, no domínio da aplicação a coerência do sistema é “recuperada”⁵⁴, de modo que “a razão prática não se contradiz”⁵⁵.

Este ideal de um sistema coerente de todas as normas válidas também não é alcançado faticamente. No momento de aplicação cada norma válida é complementada por todas as outras normas aplicáveis em uma situação, o que sempre leva a uma mudança do seu significado, ou seja, a uma “interpretação diferente do conjunto de todas as normas válidas”. Assim, dentro deste contexto de permanente imprevisibilidade das situações, a coerência é dependente da história, pois não é possível que se construa um conjunto coerente de princípios para ser aplicado a todos os possíveis casos de colisão. Para reduzir a indeterminação dessa subordinação à história, Günther vai buscar nos paradigmas, que contém descrições generalizadas de situações de uma determinada classe, um “contexto de fundo” que auxilie na construção da coerência da interpretação dos princípios.

⁵¹ Ibid., 291-2.

⁵² SORIANO, Leonor M. Moral. *¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general*, p. 198.

⁵³ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, p. 282-4.

⁵⁴ DUTRA, Delamar José Volpato. *A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas*, p. 25.

⁵⁵ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, p. 293.

Nos casos de colisão típicos, já possuímos uma apreciação da situação que nos permita dispor de uma ordem sistematizada da qual extraímos, sem maiores problemas, a solução para tais casos. Os paradigmas trazem soluções já encontradas, dentro de determinada forma de vida, para resolver a relação entre os princípios de liberdade e igualdade. Os participantes dos discursos encontram nos paradigmas um conjunto já ordenado de princípios aplicáveis *prima facie* que oferece uma base de argumentação para que possam buscar a coerência de seu discurso de adequação⁵⁶. Nesse contexto, os enunciados da dogmática, os precedentes, as regras, os princípios da interpretação, assim como os princípios práticos gerais e as argumentações empíricas servem como instrumentos hábeis para a redução da complexidade das condições ideais do discurso, por serem “carecedores de fundamentação”⁵⁷. Com isto, uma “atuação seletiva” de quais normas *prima facie* devem ser aplicadas à situação é facilitada pelo uso de tais instrumentos pela via discursiva de uma “interpretação coerente de todas as normas aplicáveis *prima facie*”⁵⁸.

Entretanto, essa “descarga” proporcionada pelos paradigmas aos participantes pode resultar numa “fonte de prejuízos” se tais paradigmas forem encarados como imodificáveis ou como a única fonte de resposta para cada caso de colisão. É por isto que os paradigmas devem ser passíveis de crítica, carregando em si uma carga de falibilidade aberta à possibilidade de serem modificados quando não conseguirem mais manter, com relação à validade das normas particulares, a reciprocidade de consideração de interesses e quando, no que concerne à relação de coerência entre as normas particulares, a “descrição generalizada da situação que serve de base já não é mais compatível com uma descrição completa da situação”⁵⁹.

⁵⁶ Ibid., 293-4.

⁵⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 340.

⁵⁸ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, p. 300-1.

⁵⁹ Ibid., 294-5.

Portanto, nem sempre questionamos os princípios e os juízos que usamos. Por aceitá-los como dados, desde logo podemos produzir “resultados moralmente substanciosos”. Entretanto, quando deparamo-nos com uma situação inédita e inabitual, em que o questionamento torna-se inevitável, analisamos com nossas orientações teóricas e morais, que podem levar à necessidade de mudarmos o conjunto de nossos princípios e até mesmo a teoria moral que os ordena sistematicamente, ou seja, a nossa “ética”. Os juízos morais que antes eram válidos para uma situação, acabam resultando incompatíveis com princípios que seriam aceitos como válidos em outras circunstâncias. As possíveis situações com as quais podemos nos deparar são imprevisíveis e por isso os significados dos princípios acabam mudando continuamente, o que afeta também as nossas reflexões morais intuitivas. Dentro deste contexto, acabamos emitindo juízos intuitivos referentes a uma situação concreta que podem conter “elementos de surpresa e de inesperabilidade”. O princípio da coerência, ao se referir à relação entre juízos morais particulares e princípios, serve como procedimento de validação e como método construtivo para a confrontação destes princípios com nossos juízos admitidos intuitivamente. Para que haja um estado de “equilíbrio” entre nossos juízos intuitivos e os princípios, essas duas classes de enunciados normativos devem ser revisadas e modificadas, uma à luz da outra, até que o equilíbrio seja encontrado. Assim, o princípio da coerência cumpre função análoga a um “juízo moral reflexivo”, que conduz à adequação de um juízo moral à situação concreta⁶⁰.

Como em outras teorias, o princípio da coerência cumpre, na teoria de Günther, a função de justificação das interpretações das normas. Para o autor, a teoria da interpretação coerente de Dworkin, a qual propõe a justificação coerente de uma interpretação normativa como uma condição suficiente para a única resposta correta, é a que mais se aproxima de seu modelo de argumentação. Diante dos *hard cases* a tarefa do juiz é descobrir, por meio de um “sentido de adequação”, os direitos relevantes, ou melhor, os “argumentos principiológicos”, distintos das regras, que são sopesados entre si apenas na dimensão de ponderação, o que não os faz perder a sua validade. Günther aponta que a vantagem da teoria de

⁶⁰ Ibid., 274-7

Dworkin consiste em “explicar a idéia de uma consideração imparcial de todos os sinais característicos relevantes de uma situação”, não se restringindo somente à interpretação das leis, mas buscando uma harmonização que leva em conta o direito como um todo – as disposições do direito escrito, as do direito consuetudinário, os casos precedentes, os objetivos políticos, a Constituição – e que justifique o desenvolvimento de princípios convincentes com a consideração de todos os aspectos relevantes. Este é o ideal da integridade, que lida com os outros princípios fundamentais de uma comunidade política, como equidade, justiça e devido processo, visando uma coerência entre eles, o que exige a compatibilidade de uma decisão com virtualmente todos os princípios⁶¹. Dentro deste ideal, a resolução das colisões são resolvidas por meio da melhor interpretação de todos os princípios e direitos considerados, formadora do contexto de justificação coerente mais abrangente⁶². Entretanto, Günther aponta que a exigência de coerência de Dworkin é elevada a uma tarefa infinita que só é satisfeita por um juiz de capacidades sobrehumanas, como o juiz Hércules. Como meio de suavizar esta complexidade, Günther propõe a reconstrução do princípio de coerência como uma “regra de argumentação para os discursos de aplicação”, o que exclui sua aplicação monológica. E em consequência da restrição do princípio de coerência ao discurso de aplicação, um enunciado normativo particular só será passível de coerência se apoiar-se em uma norma válida e na sua aplicação adequada⁶³. O modelo de direito como integridade, que representa o direito a igual consideração e respeito, ostenta, para Günther, um “conteúdo universalista” que acaba ultrapassando a proposta de Dworkin, que restringia os princípios a serem considerados ao contexto de uma comunidade política. O ideal da integridade é melhor reconstruído, na proposta de Günther, no âmbito de uma fundamentação procedimentalizada de argumentação⁶⁴.

⁶¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 404-7.

⁶² *Ibid.*, 411.

⁶³ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, p. 301-2.

⁶⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 412.

Por fim, contra as teorias de coerência moral que utilizam-se do critério de coerência para justificar a validade das normas, o critério de coerência de Günther tão somente se resume às argumentações de adequação, enquanto que nos discursos de fundamentação ele não pode ser utilizado como argumento⁶⁵. Portanto, a tarefa da coerência cumpre, de maneira limitada, o papel de fundamentação da correção ou validade dos nossos juízos e princípios morais, pois depende, para considerar os princípios como corretos, da consideração de todos os aspectos moralmente relevantes do caso particular⁶⁶.

Tanto o princípio da coerência quanto o da adequação, por se reportarem aos discursos de aplicação, não possuem critérios materiais, pois estes correspondem a um discurso de justificação. São critérios formais que resumem uma relação: "a que deve existir entre a norma, o resto de normas que *prima facie* eram aplicáveis a um caso e, finalmente, a completa descrição da situação"⁶⁷. Um conceito procedimental de adequação e uma aplicação procedimental do princípio de coerência devem abrir-se para critérios materiais, que são tema de uma argumentação de adequação, mas estes não podem comprometer a consideração de todos os sinais característicos situacionais, como no caso dos mandamentos de otimização de Alexy que comprometem a decisão com uma suposta norma que goza de precedência diante das outras⁶⁸.

⁶⁵ Ibid., 357

⁶⁶ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, p. 277.

⁶⁷ SORIANO, Leonor M. Moral. *¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general*, p. 202.

⁶⁸ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 352.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo de Klaus Günther com sua teoria foi de mostrar que a distinção entre justificação e aplicação permite uma teoria do direito que se mantenha sensível ao contexto sem permanecer dependente dele. No âmbito da justificação, a validade é o critério que estabelece um sentido intersubjetivo de imparcialidade que procura a concordância de todos os envolvidos. Mas esta dimensão é limitada pelas próprias insuficiências dos envolvidos e por isso ela necessita da dimensão de aplicação, que diz respeito à adequabilidade. Nesse momento, se determinará se a norma é adequada ou não, mediante o exame de todas as características da situação e das normas que provavelmente terão validade para o caso. Esta determinação é cumprida por meio do princípio da coerência, que objetiva um sentido de imparcialidade na aplicação. A tentativa de Günther é a de realizar uma “atualização” em moldes discursivos da teoria do direito como integridade de Dworkin.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

DUTRA, Delamar José Volpato. **A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas**. *Veritas*. março de 2006, Vol. 51, 1, pp. 18-41.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. [trad.] Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002. p. 568.

_____. **O império do direito**. [trad.] Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 513.

_____. **Uma questão de princípio**. [trad.] Luís Carlos Borges. 2. São Paulo : Martins Fontes, 2005. p. 593.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. [trad.] Cláudio Molz. São Paulo : Landy, 2004. p. 423.

_____. **Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica**. *DOXA*. 1995, pp. 271-302.

MONICA, Eder Fernandes. A racionalidade da adequabilidade e a discursividade do princípio de coerência em Klaus Günther. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

HABERMAS, Jürgen. ***Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.*** [trad.] Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid : Trotta, 2005. p. 689.

SORIANO, Leonor M. Moral. **¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general.** *DOXA*. 1998, Vol. I, 21, pp. 193-208.