

DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO VERSUS DISCURSO DE APLICAÇÃO: em busca de uma interpretação coerente do direito

Luiz Carlos Alvarenga¹

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 Teoria do discurso; 3 Discurso de aplicação da norma jurídica; Conclusão; Referências bibliográficas

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise do discurso de aplicação da norma jurídica em busca de uma interpretação coerente do Direito. O discurso de justificação (legislação) não se confunde com o discurso de aplicação (jurisdição). A função do Judiciário é a estabilização de expectativas de comportamento. Argumentos éticos, religiosos, morais e políticos não devem ser utilizados como o melhor argumento no discurso de aplicação da norma jurídica.

Palavras-chave: Discurso de justificação; discurso de aplicação; interpretação da norma jurídica; coerência; senso de adequabilidade; argumentos éticos, religiosos, morais e políticos.

ABSTRACT

The present work does an analysis of the speech of application of the legal standard in search of a coherent interpretation of the Law. The speech of justification (legislation) does not get confused with the speech of application (jurisdiction). The function of the Judicial one is the stabilization of expectations of behaviour. Arguments ethics, religious, morals and politicals they must not be used like the best argument in the speech of application of the legal standard.

Key-words: Speech of justification; speech of application; interpretation of the legal standard; coherence; sense of appropriateness; arguments ethics, religious, morals and politicals.

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA-Buenos Aires). Mestrando em Direito Privado (PUC-MG). Especialista em Direito Notarial-Registral (PUC-MG). Tabelaio de Notas (Vespasiano-MG).

1 INTRODUÇÃO

Dentre as contribuições de Klaus Günther para a teoria da argumentação jurídica, destaca-se a diferenciação existente entre o *discurso de justificação* e o *discurso de aplicação* da norma jurídica.²

O discurso de justificação ou de fundamentação consiste, basicamente, no processo democrático de elaboração da norma jurídica, ao passo que o discurso de aplicação refere-se ao processo jurisdicional de aplicação.

Jürgen Habermas redimensiona a proposta de Günther. Para Habermas, o discurso de aplicação afasta-se do discurso de fundamentação, em função das formas de comunicação e da possibilidade de escolha de diferentes tipos de argumentos.³

No discurso de fundamentação, o agir comunicativo faz-se necessário para a racionalidade e legitimidade da normatização jurídica, enquanto no discurso de aplicação, o processo judicial depura as ações estratégicas das partes envolvidas.⁴

A distinção é importante na medida em que os argumentos e as formas de comunicação utilizados no discurso de fundamentação da norma jurídica não são os mesmos utilizados no discurso de aplicação.

Uma interpretação coerente do Direito não deve utilizar argumentos éticos, religiosos, morais e políticos no discurso de aplicação da norma jurídica como o *melhor argumento*.

² Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1, p. 239.

⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 188-189.

2 TEORIA DO DISCURSO

Habermas propõe a superação da filosofia da consciência – uma filosofia centrada na razão, que pretendia conhecer tudo –, pela razão comunicativa, que consiste no “medio linguístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida”.⁵

O modelo de Habermas estabelece uma visão renovada da teoria da legislação e da sociedade, com um discurso jurídico autônomo, não subordinado à argumentação moral.⁶

A moralidade habermasiana encontra subsídios no pensamento de Kohlberg e de Piaget e estabelece um paralelo entre os níveis de moralidade e o processo de aprendizagem.

Na etapa pré-convencional, a comunidade ainda não possui valores próprios, está ainda estabelecendo as normas de comportamento social.

A fase convencional corresponde ao momento em que os valores éticos, religiosos, sociais, políticos e econômicos são estabelecidos.

Na etapa pós-convencional, os indivíduos conseguem identificar e passam a ter juízos críticos sobre os valores que formam sua identidade, por meio de direitos individuais e princípios universais.⁷

Habermas aposta no procedimentalismo como forma de chegar a moralidade pós-convencional. Ao invés da produção monológica de normas jurídicas, pautada na moral convencional, ele propõe um procedimento dialógico/discursivo:

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 65.

⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 185.

⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 135-136.

"Enquanto na argumentação moral predomina o agir comunicativo, na argumentação jurídica as partes não estão obrigadas à busca da verdade. Elas introduzem estrategicamente argumentos capazes de conduzir a uma decisão que lhes seja favorável. Mesmo a despeito do agir estratégico das partes, Habermas acredita no juízo de aplicação imparcial, em razão do elevado grau de racionalidade do processo."⁸

Nas sociedades pós-modernas, o risco de dissenso é crescente. No entanto, o dissenso pode ser o ponto de partida para o consenso⁹, desde que os destinatários das normas jurídicas participem do processo legislativo como co-autores:

"Através do Processo Legislativo o Direito estabiliza as expectativas de comportamento dos cidadãos, expectativas estas apresentadas e discutidas discursivamente. Para que isso ocorra, deve-se levar em conta o Princípio do Discurso, segundo o qual 'válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales' (HABERMAS, 1998, p. 172)."¹⁰

O Ordenamento jurídico deve institucionalizar um sistema de direitos que assegure participação no processo legislativo em condições de igualdade. Igual participação significa que o processo democrático deve proporcionar o debate público de todos temas e aceitar contribuições, informações e razões.¹¹

"A tensão entre Faticidade e Validade se mostra aqui no modo de integração dos indivíduos. A linguagem desempenha papel fundamental, contudo, os processos de entendimento apenas poderão ocorrer se os participantes se comportarem não como observadores externos, nem como atores que visam seu próprio êxito, mas tendo uma atitude performativa de alguém que busca se entender com outro sobre algo."¹²

⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 187.

⁹ FARIAS, José Eduardo. *Poder e Legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 106.

¹⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em: 17 mai. 2008.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democratico de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 646.

¹² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em: 17 mai. 2008.

O Direito, assim concebido, funciona como um verdadeiro sistema de integração social: "El proceso de producción de normas constituye por tanto, el sistema jurídico el auténtico lugar de la integración social".¹³

Assim, quando do processo legislativo de elaboração das normas, argumentos éticos, religiosos, morais e políticos serão utilizados de acordo com o princípio do discurso: iguais oportunidades de argumentação e contra-argumentação na busca pelo consenso.

Por outro lado, o Direito exige legitimidade na fundamentação das normas, até mesmo para justificar as sanções.

A função do Judiciário é estabilizar as expectativas de comportamento. E isso se dá coercitivamente. As decisões judiciais, para serem coercitivas, devem ter legitimidade, ou seja, devem ter como base "el marco del orden jurídico vigente (...), [que é] el producto de todo un inabarcable tejido de decisiones pasadas del legislador e de los jueces...".¹⁴

A tensão entre faticidade e validade se manifesta na aplicação do Direito, que deve equilibrar o princípio da segurança jurídica e a pretensão de decisões corretas.

Hans-Georg Gadamer explicitou a idéia de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação. Ele uniu a aplicação à compreensão e à interpretação.¹⁵

Para Gadamer, não é possível aplicar uma norma sem compreendê-la, sem interpretá-la:

"La generalidad de la norma se determina e interpreta en la concreción del caso (...), [logo] es ajeno ao conocimiento jurídico el pretender una ciencia

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democratico de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 94.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democratico de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 267.

¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. 3.ed. Salamanca: Sígueme, 1988, p. 379.

ALVARENGA, Luiz Carlos. Discurso de justificação versus discurso de aplicação: em busca de uma interpretação coerente do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

pura de lo verdadero en sí, independentemente de su lectura histórica y continuada hasta el presente".¹⁶

A Escola Histórica e a Escola da Exegese acreditavam que o texto das normas poderia regular todas as situações de aplicação.

A Escola Histórica não compreendia a diversidade entre passado e presente, tratando os eventos históricos objetivamente. "Gadamer já consegue perceber a impossibilidade de se querer interpretar o passado desde a perspectiva dos que o viveram, pois entre o passado e o agora há um ganho, um aprendizado que, quer queira quer não, condiciona o *olhar* do intérprete."¹⁷

De acordo com Gadamer, a pré-compreensão do juiz é determinada pela eticidade da tradição.

Habermas critica essa posição, sob o argumento de que nas sociedades plurais como a nossa, que possuem tradições diversas e igualmente válidas, nenhum juiz tem condições de recorrer a um *ethos* reinante.¹⁸

Ronald Dworkin propõe a racionalidade nas decisões judiciais com fundamento nos princípios:

"Os princípios, que não são dados por *topoi* historicamente comprovados, estão fundamentados no seu conceito de 'interpretação construtiva', que busca formular seus conceitos das práticas sociais, rejeitando, pois, esquemas vindos das ciências da natureza".¹⁹

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. 3.ed. Salamanca: Sígueme, 1988, p. 648.

¹⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em: 17 mai. 2008.

¹⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em: 17 mai. 2008.

¹⁹ *Apud* BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em: 17 mai. 2008.

Segundo Dworkin, o Direito como integridade exige legitimação. As normas jurídicas são válidas quando oriundas dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal:

"Segundo o Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam dos princípios de justiça, eqüidade [fairness] e devido processo legal".²⁰

Dworkin cria a figura do juiz Hércules: um magistrado que examina detidamente os argumentos das partes e alcança a única resposta correta após esforço hercúleo. A atividade interpretativa do juiz seria como um romance escrito em cadeia, onde cada autor escreve um capítulo da história.²¹

Habermas questiona o papel solitário do juiz Hércules "que pressupõe alguém que tenha a pretensão de um privilégio cognitivo que garanta, sozinho, a integridade da comunidade jurídica. Ora, se o Direito é a principal forma de integração social e deve respeitar o princípio da integridade, logo, o juiz não deveria ficar sozinho na realização de sua tarefa".²²

Para Habermas, a prática da argumentação, a partir dos postulados do agir comunicativo, exige de cada participante a assunção das perspectivas dos outros, com a garantia do contraditório, em busca da prevalência do melhor argumento. Não se trata, portanto, do esforço hercúleo do juiz proposto por Dworkin.²³

A interpretação não se dá de forma isolada, mas intersubjetivamente, desde uma racionalidade comunicativa. Habermas propõe uma Teoria da Argumentação que retira do juiz o fardo dworkiniano. A interpretação deve ser feita levando em

²⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 57.

²¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276.

²² Apud BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em: 17 mai. 2008.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democratico de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 293.

consideração "también la perspectiva de cada uno de los demás potenciales participantes".²⁴

A prevalência do melhor argumento, numa interação discursiva, de forma a propiciar certeza jurídica e aceitabilidade racional, se dá por meio do processo. O processo deve garantir, além do contraditório, a participação na formação do provimento jurisdicional:

"Há processo sempre onde houver o procedimento realizado em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na 'simétrica paridade' da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos".²⁵

Ao contrário do que ocorre no discurso de justificação, no qual a ação comunicativa volta-se ao entendimento, com a utilização de argumentos éticos, religiosos, morais e políticos, no discurso de aplicação da norma jurídica, esses argumentos não devem ser utilizados, pelo menos como o *melhor argumento*.

3 DISCURSO DE APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Quando da aplicação da norma jurídica, o operador do Direito encontra-se diante de três possibilidades: a) não vislumbra nenhuma hipótese para o caso; b) vislumbra duas ou mais soluções possíveis; ou c) encontra aquela que parece ser a correta. Após exame mais detalhado, a primeira hipótese acaba sendo reduzida às duas últimas. A segunda hipótese ilustra o obstáculo não superado pela teoria da argumentação, qual seja a ponderação de valores. A terceira, por seu turno, traz o risco decisionista do operador que simplesmente busca fundamentar seu ponto de vista.²⁶

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democratico de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 302.

²⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 115.

²⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 355..

Klaus Günther, em sua teoria da adequabilidade normativa, diz que o Direito é um sistema idealmente coerente de normas e que a norma será determinada após o exame das normas *prima facie* aplicáveis. O caso deve ser reconstruído argumentativamente, em simétrica paridade de oportunidades aos envolvidos. Ao longo dessa reconstrução, diante das peculiaridades do caso, é que as normas, antes *prima facie* aplicáveis, serão adequadas ou inadequadas. Sobre a teoria da adequabilidade normativa de Günther, assinala Chamon Junior:

“O juízo de adequabilidade normativa para Kl. Günther, portanto, pressupõe dois níveis, ainda que simultaneamente, e de maneira complicada, determinados na argumentação. O primeiro nível se refere àquele que assume o caso concreto a sério: somente posso pretender aplicar uma norma quando, do ponto de vista dos implicados, tenho o caso reconstruído argumentativamente e que, para tanto, foram tomadas em conta argumentativa e contra-argumentativamente todas as circunstâncias consideradas relevantes por aqueles sujeitos naquele contexto e referente àquele caso específico. Assim, é que ao longo desta reconstrução é que as normas que antes *prima facie* aplicáveis passam a ser tomadas como candidatas à adequabilidade naquela situação que vai se delineando, ou então vão sendo descartadas porque inadequadas. Destarte, o Direito, segundo K. Günther, há que ser assumido como um sistema idealmente coerente, o que implica, em um segundo nível, assumir a prática aplicativa enquanto referida a um esforço argumentativo, e interpretativo, pois, de adequação da norma, ou normas, antes tão-somente *prima facie* aplicáveis, ao caso concretamente reconstruído: aquela norma há que ser, após então, um juízo de adequabilidade que assume o Direito como um sistema idealmente coerente, não somente aplicável *prima facie*, mas a norma àquele caso aplicada.”²⁷

Assim, a escolha da norma se dá a partir das especificidades do caso concreto, e não isoladamente como querem os convencionalistas tributários do aguilhão semântico de Dworkin.²⁸

Günther também propôs a distinção entre o *discurso de justificação* e o *discurso de aplicação* da norma jurídica.

²⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 143-144.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 55 *et seq.*

Habermas, redimensionando a proposta de Günther, assinala que o discurso de aplicação afasta-se do discurso de fundamentação, em função das formas de comunicação e da possibilidade de escolha de diferentes tipos de argumentos.

No discurso de aplicação, o processo judicial depura as ações estratégicas das partes envolvidas:

“O discurso de aplicação viabiliza uma decisão imparcial, a partir de ações comunicativas ou estratégicas, por meio de um mecanismo de depuração: o processo. Logo, afasta-se de uma argumentação exclusivamente moral, que deve sustentar-se, tão-somente, na ação comunicativa dos falantes.”²⁹

O discurso de aplicação, por meio do processo, viabiliza uma decisão imparcial, a partir de ações comunicativas. Assim, uma argumentação exclusivamente moral, pautada em valores, deve ser afastada.

Os valores exprimem bens/interesses ambicionados/preferidos por pessoas, individualmente ou por coletividades. A ponderação de valores “não consegue se ver livre de uma irracionalidade metodológica e de um decisionismo que são capazes de transformar a atividade jurisdicional em Poder Constituinte originário.”³⁰

Na medida em que o “Judiciário julga poder aplicar o direito com suporte em valores, não percebe estar assumindo indiretamente a condição de refém de argumentos axiológicos”³¹

O Direito, como subsistema social, reproduz valores. No entanto, a operabilidade do Direito não pode se dar em torno do emprego deles, sob pena de perda de sua legitimidade. Embora o ordenamento jurídico traga consigo a expressão de valores das expectativas racionais de comportamento, o Direito opera mediante um código binário que o faz distinto da noção de gradualidade inerente aos valores:

²⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. p. 188.

³⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. p. 139.

³¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. p. 144.

“Ninguém nega que o Direito como subsistema social reproduz valores a todo o tempo. A questão é que sua forma de operar não pode se dar em torno do emprego de valores, sob pena de perdermos com isso qualquer possibilidade de legitimidade do mesmo.”³²

A interpretação do Direito deve partir da ótica da racionalidade comunicativa e não da racionalidade instrumental. Uma compreensão democrática do exercício da atividade jurisdicional deve ser livre de argumentos de autoridade. O Direito não pode ser assumido de forma arbitrária pelos juízes.³³

O exercício da jurisdição é função distinta daquela exercida pelo legislador. O Judiciário não pode ser entendido como legislador concorrente ou poder constituinte anômalo.

Habermas é contrário à perspectiva ativista do Judiciário. No entanto, também não é favorável à postura passivista, típica do formalismo positivista. A aplicação da norma jurídica deve pautar-se pelo princípio do discurso:

“A jurisdição afasta a norma pelo fato de a mesma ter se pautado por argumentos pragmáticos/ético-políticos não devidamente depurados pelo ‘princípio da democracia’, ou seja, pela ilegitimidade da norma jurídica, seja pelo desacato aos direitos fundamentais, seja pela violação do Código Binário do Direito.”³⁴

O Direito não é um sistema de normas convencionadas, mas sim um *sistema de princípios*. Para cada caso, haverá sempre uma única leitura que pode ser assumida como a *melhor resposta*. Essa resposta não pode ser assumida axiologicamente, deve ser considerada “em face da *praxis* jurídico-moderna”. Diante de uma mesma situação jurídica, é possível “vislumbrar leituras diferenciadas, em razão de se poder ter para um determinado caso concreto

³² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 276.

³³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica. Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 229-230.

³⁴ *Apud* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 191.

propostas interpretativas de normas que sejam diferenciadas em um certo contexto argumentativo.”³⁵

A pluralidade de leituras reforça a idéia de iguais liberdades de argumentação: iguais possibilidades de participação discursiva no desenvolvimento processual, em condição de igualdade. Argumentação e contra-argumentação das questões necessárias ao contraditório e à construção do processo como “simétrica paridade de armas”.³⁶

O Direito, como sistema de princípios, exige a diferenciação entre o *discurso de justificação* e o *discurso de aplicação* das normas jurídicas. Na aplicação do Direito, ao contrário do que ocorre no processo de elaboração das leis, não devem ser utilizados argumentos éticos, religiosos, morais e políticos.

Se tais argumentos forem considerados centrais na fundamentação da decisão, as decisões judiciais serão valorativas, políticas e morais.³⁷

O exercício de aplicação do direito envolve maior esforço. Não são todas leituras possíveis igualmente válidas para aplicação ao caso concreto. “O Direito moderno, desde seu passado, desde as lutas históricas, e cotidianas” vem evoluindo no sentido de propiciar “igual reconhecimento de liberdades fundamentais a todos na maior medida possível.”³⁸

O Direito só é válido quando construído em uma democracia. E, para haver democracia, é necessário que todos cidadãos participem como co-autores do

³⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica. Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 230-231.

³⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 4.ed. Padova: Cedam, 1994, p. 82.

³⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica. Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 232.

³⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica. Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 233.

Direito. Além disso, a *praxis* jurídica deve reconhecer liberdades subjetivas a todos e no maior grau possível.³⁹

A legislação não traz uma solução clara para todos os casos. O magistrado, diante do caso concreto, não pode desconsiderar a fundamentação, construção e luta jurídico-modernas que transcende a própria experiência do julgado porque assume por referência séculos de prática jurídica moderna, como o romance em cadeia dworkiniano. O intérprete tem que assumir uma postura realizativa. A “decisão jurisdicional é mais uma página firmada de uma história que vem se desenvolvendo há séculos... (...) pelo reconhecimento, na maior medida do possível, de iguais direitos fundamentais a todos.”⁴⁰

CONCLUSÃO

Na esteira de Habermas e de Dworkin, podemos concluir que a jurisdição não pode ser considerada o “procedimento adequado para a sobreposição de convicções ético-políticas próprias do magistrado sobre as definidas no discurso democrático de fundamentação.”⁴¹

O papel essencial do Judiciário é a estabilização de expectativas de comportamento, e não a assunção uma postura ativista, a usurpar as funções do legislador.

A atuação voltada aos valores acaba por conduzir ao decisionismo arbitrário, ou seja, acaba por atribuir liberdade política ao magistrado que escolhe, segundo os seus valores, o seu conceito de vida boa, a decisão para o caso concreto.

³⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica. Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 233.

⁴⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica. Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 235.

⁴¹ *Apud* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 198.

ALVARENGA, Luiz Carlos. Discurso de justificação versus discurso de aplicação: em busca de uma interpretação coerente do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

Assim, argumentos éticos, religiosos, morais e políticos não devem ser utilizados como o *melhor argumento* no discurso de aplicação da norma jurídica.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em: 17 mai. 2008.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica. Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito Moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. 4.ed. Padova: Cedam, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica**. 3.ed. Salamanca: Sígueme, 1988, p. 648.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

ALVARENGA, Luiz Carlos. Discurso de justificação versus discurso de aplicação: em busca de uma interpretação coerente do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. 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. Madrid: Trotta, 1998.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 2.ed. São Paulo: Loyola, 2001.