A NECESSÁRIA ABERTURA PROCEDIMENTAL DA FÓRMULA-PESO DE ROBERT ALEXY

THE NECESSARY PROCEDURAL OPENING OF ROBERT ALEXY'S WEIGHT-FORMULA

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira*
Ricardo Tinoco de Góes**

RESUMO: *O presente artigo estuda a abertura procedimental da fórmula-peso de Robert Alexy com base nas críticas de Jürgen Habermas e em uma teoria de argumentação jurídica com ênfase na ação comunicativa dos sujeitos. Firma pesquisa qualitativa com emprego de método hipotético-dedutivo e dialético. Compreende que a fórmula-peso de Robert Alexy é uma ferramenta útil para solucionar casos difíceis, na qual a ponderação de princípios requer parâmetros de correção para o direito. Entende que aquele instrumento, por si só, não satisfaz a segurança jurídica e nem oferece lastro democrático para as decisões produzidas, sendo necessário incluir elementos da teoria habermasiana. Por fim, conclui que a fórmula-peso pode ser alimentada por meio do amicus curiae, cuja manifestação informará o grau de interferência, peso e confiabilidade dos direitos fundamentais sob ponderação, constituindo um aparato a ser aplicado pela jurisdição constitucional brasileira.*
Palavras-chave: *Ponderação. Fórmula-peso. Abertura procedimental. Agir comunicativo.*

ABSTRACT: *The following article studies the procedural opening of the weight-formula of Robert Alexy based on the criticisms of Jürgen Habermas and on a theory of juridical argumentation with emphasis on the communicative action of the procedural subjects. Settling a qualitative research, the exam employs the hypothetical-deductive and dialectical method. It understands that Robert Alexy's weight-formula is a useful tool for solving difficult cases, in which principle weighting requires correction parameters for the law. It considers that this instrument, in itself, does not satisfy legal certainty nor does it offer democratic support for the decisions produced, and it is necessary to include elements of the habermasian theory. Finally, it concludes that the weight-formula can be fed through the amicus curiae, whose manifestations will inform the degree of interference, weight and reliability of the fundamental rights under consideration, constituting an apparatus to be applied by the Brazilian constitutional jurisdiction.*
Keywords: *Principle weighting. Weight-formula. Procedural opening. Communicative action.*

* Universidade Potiguar (UnP), Natal, RN, Brasil.
http://orcid.org/0000-0002-4754-0990
** Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, RN, Brasil.
https://orcid.org/0000-0001-5192-7250

1 INTRODUÇÃO

Robert Alexy é, sem dúvidas, um dos autores mais referenciados no direito brasileiro. Sua teoria é estudada nas cadeiras das graduações e pós-graduações no Brasil afora, além de comumente ser objeto de debate pela doutrina nacional, que critica ou comenta sua obra, ou ainda figurando como um dos autores que justificam certos argumentos apresentados pelo Poder Judiciário.

Tendo isso em conta, o presente artigo objetiva discutir a teoria de Alexy, em um primeiro momento ofertando um panorama sobre o conceito de direito e a estrutura da ponderação para, logo após, apresentar críticas à fórmula-peso. Se de um lado, pretende-se oferecer as linhas gerais do pensamento de Alexy, de outro talante traz-se um encarte da proposta procedimental com fundamentos em Jürgen Habermas, verificando de que maneira essas teorias podem dialogar e ser inseridas no direito brasileiro.

O estudo empregará o método hipotético-dedutivo, partindo da hipótese primária que existem problemas na teoria argumentativa de Robert Alexy, em especial pela eleição de Jürgen Habermas, como crítico do primeiro. A segunda hipótese diz respeito à necessária aplicabilidade da ponderação no direito brasileiro, uma vez que o Supremo Tribunal Federal (STF) exerce judicatura em torno de colisões de direitos fundamentais. O resultado pretendido terá feição de pesquisa qualitativa, com amparo na análise dialética de referencial doutrinário composto majoritariamente pelos autores acima mencionados.

O primeiro tópico abordará o conceito de direito para Robert Alexy e os demais conceitos essenciais para compreensão da fórmula-peso, como a distinção de princípios e regras, com destaque para o papel da ponderação. Ao final do item, é contraposto o pensamento de Alexy com as críticas direcionadas por Jürgen Habermas ao modelo valorativo, sendo realizado um fechamento com base na leitura de Konrad Hesse.

Ato contínuo, reconstruir-se-á a proposta de hermenêutica procedimental que tem como pano de fundo a obra de Jürgen Habermas, assinalando os conceitos de agir comunicativo, mundo da vida e esfera pública, além de destacar a relação entre direito e sociedade civil. Ao longo da seção, apresentar-se-ão as propostas de interlocução do espaço público com o Poder Judiciário, aproximando a teoria de Habermas ao cenário brasileiro.

Na última parte, realizar-se-á um confronto da proposta de Robert Alexy com a da hermenêutica procedimental baseada em Habermas, propondo soluções para corrigir a legitimidade da fórmula-peso, ao mesmo passo em que contempla um novo elemento que sofistica e perfectibiliza a proposta procedimental, uma vez que a fórmula passará a ser absorvida como um instrumento a ser empregado pelo magistrado. A justaposição

entre as propostas teóricas terá como norte a cooperação processual, como forma institucionalizada do agir comunicativo no âmbito do processo.

2 O DIREITO E A PONDERAÇÃO EM ROBERT ALEXY E AS CRÍTICAS DE JÜRGEN HABERMAS AO MODELO VALORATIVO

Para compreender a proposta de Robert Alexy para a hermenêutica jurídica, faz-se necessário, entender o conceito de direito que aquele autor adota. Assim, Alexy (2011, p. 30) afirma a existência de duas perspectivas, a partir das quais o fenômeno jurídico pode ser observado: a do participante da teia argumentativa, com destaque para todos aqueles que vão influenciar argumentativamente o julgador sobre conteúdos do sistema jurídico; e a do observador, cujo papel é observar o processo decisório em sentido concreto dentro do sistema jurídico.

Assim, o direito corresponde ao sistema jurídico que possui pretensões de correção argumentativa e principiológica em sua aplicação e é representado por uma Constituição dotada de eficácia social, cujas normas apresentem grau de justeza e, em sua totalidade, possibilitem o estabelecimento de normas infraconstitucionais que possuam eficácia social, seja ela mínima ou potencial. Dito isso, a eficácia social se transforma na tônica que confere validade ao direito, o qual se afasta de uma validade moral em prol da necessária vinculação de direito e moral (ALEXY, 2011, p. 151-154).

Em termos estruturais, a Constituição será dotada de direitos fundamentais, os quais podem ter a forma de regras ou princípios. A divisão, na ótica de Alexy (2008, p. 87), contribui para definir as competências do tribunal constitucional e do parlamento, pois os princípios serão balanceados em face de casos concretos, enquanto as regras balizam a produção jurídica infraconstitucional, sendo mecanismos para a já mencionada pretensão de correção.

Os direitos fundamentais que têm formato de regra ocupam um local de destaque no ordenamento jurídico e se comportam de maneira semelhante as demais regras do sistema jurídico no que tange ao processo de aplicação e subsunção. Todavia, sua diferença maior está no conteúdo abstrato e na proteção conferida ao cidadão em face do Estado. De outro talante, os direitos fundamentais que se portam como princípios tem um comportamento holístico e no qual estará envolvido o tribunal constitucional, instituição que por competência para ponderar normas limitadoras de direitos fundamentais. Isto projeta a aplicação dos princípios para além das relações jurídicas que fazem o liame entre cidadão e Estado, consubstanciando um efeito irradiativo para todo sistema jurídico e também possibilitam que controvérsias advindas da colisão entre princípios

sejam devidamente solucionadas. Trata-se, pois, do chamado constitucionalismo discursivo, que nasce da entrançadura dos direitos fundamentais com o discurso jurídico orientado ao balanceamento principiológico (ALEXY, 2015, p. 105-108).

Aprofundando na discussão, os princípios se comportam como mandamentos de otimização, pois determinam a realização de certo bem jurídico na maior proporção que for possível, considerando os limites fáticos e jurídicos, conquanto as regras sempre tragam determinações a serem cumpridas. A distinção entre uma espécie e a outra salta aos olhos quando existem conflitos entre direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 90-92). Para os conflitos das regras, aplica-se uma cláusula de exceção em alguma das regras, de modo que sua aplicabilidade seja afastada ou, caso não seja possível tal incidência, uma das regras colidentes deverá ser declarada como inválida (ALEXY, 2008. p. 92).

Por sua vez, a colisão entre princípios é solucionada a partir do balanceamento, observando o peso de cada princípio para determinar qual irá ceder (ALEXY, 2008, p. 93-94). Como cada princípio colidente restringe as possibilidades do outro ser concretizado, faz-se necessário estabelecer uma relação de precedência condicionada entre ambos, fazendo-o de acordo com as particularidades do caso em análise. Ora, na medida em que os princípios desenham circunstâncias contraditórias entre si, aquele que tiver maior peso terá precedência sobre o outro, sinalizando qual a resposta jurídica será aplicada (ALEXY, 2008, p. 95-97).

Com base nessa construção, Alexy constrói a ponderação como mecanismo jurídico apto a realizar o balanceamento e atribuição de pesos aos princípios colidentes. Trata-se de uma parte do princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade é composta de três subprincípios: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Esses três subprincípios são responsáveis por expressar o mandamento de otimização dentro dos liames fático e jurídico – o que é possível ser feito, enquanto a adequação e necessidade dão conta das possibilidades jurídicas e a proporcionalidade em sentido estrito trata dos limites jurídicos. Em outras palavras, a adequação é o subprincípio que bloqueia uma medida estatal que impeça a realização de um determinado princípio sem estabelecer uma meta necessária de otimização (ALEXY, 2015, p. 110-112).

Outrossim, os custos de uma medida interferir no princípio ferindo interesses são inadequados, pois esta não produz nenhum resultado desejado – o custo de aplicação é superior ao da não aplicação. A adequação finda sendo uma aplicação jurídica da teoria de Pareto, que, inclusive, deve começar a ser observada pelo legislador no momento da elaboração legislativa. De outro talante, o subprincípio da necessidade envolve a escolha das alternativas que promovam

adequadamente os princípios em análise, que deverá sempre ser escolhida a alternativa que menos interferir nos princípios colidentes (ALEXY, 2015, p. 111-116).

O último subprincípio dá conta do balanceamento nos termos das possibilidades jurídicas, decorrente da expressão otimizatória dos direitos fundamentais, considerando que o balanceamento determina que quanto maior for o detrimento de um princípio, maior deverá ser a satisfação do outro princípio colidente – afastam-se interferências gravosas que impliquem resultado concreto insatisfatório (ALEXY, 2015, p. 132-134). Adentrando na estrutura da proporcionalidade, surge a fórmula-peso, como mecanismo racional-dedutivo análogo à subsunção que instrumentaliza todo o balanceamento, com base em uma escala triádica, na qual é mensurado o peso concreto do princípio pela sua importância concreta e intensidade da intervenção estatal, sendo a gradação composta de três graus, sendo o primeiro leve, o segundo médio e o último grave (ALEXY, 2015, p. 159-160).

Assim são aplicadas duas escalas para construção da fórmula, além de três variáveis. As variáveis empregadas são W, I e R para a colisão entre o princípio I (Pi) e o princípio J (Pj). W mede o peso abstrato de cada princípio, I mede a intensidade de interferência de um princípio noutro e, por fim, R representa a plausibilidade das assunções. As variáveis W e I estão submetidas à primeira escala, que está situada em três graus: leve (l), moderada (m) e séria (s), resultando na gradação numérica de 1, 2 ou 4; enquanto isso, R se submete à escala que mensura a certeza ou plausibilidade das assunções, representadas por certeza (r), plausível (p) e não evidentemente falsa (e), o que resulta nos números 1, ¹/2 e ¹/4. Ao final, tem-se W (i.j), que mensura o peso concreto após a colisão de ambos os princípios (ALEXY, 2015, p. 137-153). Ao ser montada, a fórmula-peso adquire o seguinte formato: W (i.j) = (Ii x Wi x Ri) / (Ij x Wj x Rj).

Para efetivar a ponderação, faz-se necessário que a argumentação jurídica tenha contornos de um discurso prático geral, levando em conta que o discurso jurídico é determinado, em face da sua relação com o sistema jurídico e certas questões dogmáticas estão fechadas para debate, sendo efetivamente regulamentado pela legislação processual, a qual estabelece os limites e as obrigações discursivas de cada um dos atores. Trata-se, em última análise, de uma categoria de caso especial do discurso prático-geral, pois o conteúdo das demandas jurídicas envolve questões práticas, as quais são examinadas sob a necessidade de um padrão corretivo e limitadas, como dito anteriormente pela legislação processual (ALEXY, 2001, p. 212).

Dentro da argumentação desempenhada pelo tribunal constitucional – ao realizar o balanceamento por intermédio da fórmula-peso –, tem-se a ocorrência da representação argumentativa como um fator de legitimação e

democratização do processo decisório. Trata-se de uma solução para o obstáculo gerado pela inexistência de legitimação democracia direta para os juízes que lançam mão da argumentação sendo inserida na estrutura democracia, para formar um modelo denominado de democracia deliberativa, a qual institucionaliza o amplo discurso como um cânone a ser seguido (ALEXY, 2015, p. 163).

Assim, a representação do povo, no âmbito do tribunal constitucional, materializar-se-á pelo discurso argumentativo, cabendo à jurisdição constitucional promover a distinção entre aqueles argumentos bons, plausíveis e factíveis para construir uma fundamentação razoavelmente racional. Isso se reflete na consequente adesão do cidadão para a argumentação desempenhada no tribunal, o qual aceitará as decisões pela sua racionalidade argumentativa e graus de correção e validade em face de uma capacidade da comunidade de avaliar as possibilidades racionais do julgamento (ALEXY, 2015, p. 164-165).

O modelo valorativo de Robert Alexy enfrenta críticas advindas de Jürgen Habermas. Para este autor, a proposta de Alexy não obtém êxito na transformação dos discursos jurídicos em argumentações de cunho moral, uma vez que o discurso prático moral é incapaz de tal feito. Daí que não se pode falar em uma obrigatoriedade, dentro da teoria valorativa, de ação comunicativa das partes e nem alcança uma única decisão correta possível para o caso, o que gera uma problemática em torno da segurança jurídica (HABERMAS, 1997a, p. 285-286).

Neste ínterim, não é cabível reduzir as decisões jurídicas a simples juízos de validade morais, já que os parâmetros de coerência e correção das decisões levam em conta elementos alheios ao juízo moral. Logo, é necessário que o processo argumentativo envolva uma reconstrução das normas validas, a partir da qual poderá haver um confronto sistêmico da argumentação, sinalizando qual a resposta correta para o caso sob análise. É nesse trilho, aliás, que os princípios interpretativos do direito devem atuar, enquanto elementos que condicionam o discurso prático-moral e fazem sua correlação com o sistema jurídico (HABERMAS, 1997a, p. 288-291).

Em sua réplica, Alexy (2015, p. 161) sustenta que a proporcionalidade baseada na fórmula-peso provê a racionalidade necessária para ocorrência do balanceamento, reconduzindo o discurso jurídico para as balizas da correção e da objetividade. Na perspectiva do autor, é capaz de afastar os argumentos de discricionariedade, irracionalidade e arbitrariedade lançados por Habermas (ALEXY, 2015, p. 115).

Para fazer uma analogia que permita melhor compreender a crítica de Habermas, é interessante fazer um arribe no pensamento de Konrad Hesse no que toca à estrutura interna da Constituição. De acordo com Hesse (1991, p. 15), existem duas formas constitucionais que encontram

manifestação na dinâmica constitucional e que são mutuamente condicionais. A primeira é a constituição real, muito semelhante aos fatores reais de poder e que presta referência a toda a vivência histórica, cultural, enfim, toda a tradição experimentada pela sociedade, enquanto a segunda é a constituição jurídica, a qual impulsiona a força normativa que dirige o Estado.

Observando a proposta de Hesse, é possível conceber uma faceta jurídico-política que é intrínseca à Constituição, cuja eficácia é condicionada a uma dada realidade histórica e, ao mesmo tempo, submete as ações humanas aos pressupostos realizáveis e a uma vontade de Constituição, as quais são os instrumentos utilizados pela corte constitucional para concretizar a força normativa da Constituição (HESSE, 1991, p. 24-25). Empregando como lentes tais proposições ao presente estudo, torna-se visível que Alexy, dentro da estrutura valorativa, presta maior continência à Constituição real do que, necessariamente, aos pressupostos realizáveis da Constituição jurídica.

Afinal, ponderar princípios colidentes com esteio no impacto social e na relevância que cada princípio possui dentro da sociedade não condiz com os pressupostos realizáveis, afinal, trata-se de uma preocupação necessária com a realidade histórica. De outro lado, conferir ao julgador o poder de sinalizar qual é esse impacto ou peso de cada princípio, dentro de sua percepção exclusiva, abre-se um risco para decisões solipsistas ou pouco democrática, afinal, para Alexy, o julgador que escolherá os bons argumentos, sem qualquer diálogo prévio com a sociedade civil. Reconhecendo isso, o estudo segue para discutir possibilidades de incrementar a abertura democrática e a legitimidade do constitucionalismo discursivo, sem perder de vista que é necessário atentar para a segurança jurídica que satisfaça verdadeiramente os cânones interpretativos condizentes com uma proposta para além do ativismo judicial irrestrito.

3 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA HERMENÊUTICA PROCEDIMENTAL A PARTIR E PARA ALÉM DE JÜRGEN HABERMAS

A abordagem da hermenêutica procedimental realizar-se-á com base nos estudos de Ricardo Tinoco de Góes e Carlos André Maciel Pinheiro Pereira, os quais tomam como referência a teoria de Jürgen Habermas e sua possível aplicação ao cenário brasileiro a partir de múltiplo aportes em teóricos que dialogam com a proposta habermasiana. Antes de ingressar na proposta teórica propriamente dita, o exame apresentará quais os conteúdos basilares da hermenêutica procedimental para então discutir sua aplicação na teoria de Alexy.

O ponto de partida para compreensão da hermenêutica procedimental reside na adoção da teoria de Jürgen Habermas, fazendo aproximações com teóricos da filosofia do direito que permitam construir um modelo aplicável ao cenário brasileiro. Neste alvitre, não se trata de uma leitura puramente habermasiana, mas, sim, de uma especulação teórica que parte daquele autor para um construto que se projeta para além da proposta por ele desenhada (GÓES, 2013, p. 24-26).

De Habermas, em um primeiro momento, é colhido o papel da esfera pública como elemento chave para a circulação do poder comunicativo e administrativo (PEREIRA, 2018, p. 71-74). Para compreender essa sistemática, é necessário recuar na teoria habermasiana para a distinção entre agir comunicativo e agir estratégico e como ambos estão relacionados com o papel integrador do direito e com a autonomia política do indivíduo, o que será feito em momento próximo.

Noutro talante, Habermas partirá da construção hermenêutica basilar para o estudo, a qual é acrescida das propostas de Dworkin e do próprio Alexy, de modo a sinalizar a regra de argumentação que norteará o processo dialógico com o Judiciário (GÓES, 2013, p. 185-198). Como mecanismos jurídicos para concretizar a proposta no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, são indicados o instituto do *amicus curiae* (PEREIRA, 2018, p. 122 -124) e da cooperação processual (PEREIRA, 2018, p. 152-155).

O agir comunicativo é definido pelo emprego da linguagem como forma de alcançar um consenso ou entendimento mútuo entre os falantes sobre algo no mundo. Difere do agir estratégico, no qual a linguagem é mero instrumento de transmissão de informações, sem qualquer preocupação com a aceitação do outro ou ainda empregando artifícios que dificultem sua avaliação do que lhe é colocado (HABERMAS, 1990, p. 71-74). Daí pensar que o agir comunicativo é uma forma de empregar a linguagem, para fins de integração social, mostrando-se como o consenso de fundo que finda na harmonização discursivo-argumentaitva de todos os interesses racionais ou possíveis de racionalização (PEREIRA, 2018, p. 34-38).

O agir comunicativo tem um papel essencial com base no mundo da vida – como repositório argumentativo, fruto da tradição humana, que orientará todas as interações dialógicas praticadas pelo homem, pois fará a compatibilização necessária para o desenvolvimento social (HABERMAS, 1990, p. 95-98). Ocorre que, em sociedades de maior complexidade, o mundo da vida é insuficiente para garantir a coesão social, em especial diante dos desafios lançados pelo pluralismo, daí faz-se necessária a figura do direito como mediador dos conflitos (HABERMAS, 1997a, p. 44 – 46).

Para Habermas, o direito calcado no processo legislativo racional e na legitimidade da sociedade age como limitador do agir estratégico, gerando

obstáculos para aqueles que querem agir para o próprio sucesso e, ao mesmo tempo, traz prescrições de validade deontológica que superam os limites do mundo da vida e desenha as expectativas comportamentais obrigatórias para cada um dos falantes, assegurando uma nova rodada deliberativa que permite transformar os dissensos em consensos conteudísticos (HABERMAS, 1997a, p. 48-52).

O efeito do direito nos dissensos impossibilita os destinatários da norma jurídica de questionarem a validade das normas, assim essas se tornam substitutivas para as convicções outrora radicadas no mundo da vida. Em outras palavras, o pano de fundo argumentativo é deslocado para o próximo sistema jurídico (PEREIRA, 2018, p. 50-52). É isto que Habermas vem a chamar de princípio da democracia, o qual estabelece as condições mínimas de legitimidade para o processo legislativo, como também orienta a atuação mediadora do direito, sempre na perspectiva das condições necessárias para auto-organização livre e igualitária dos cidadãos (HABERMAS, 1997a, p. 146).

A legitimidade do direito, em última análise, se ampara na autonomia política do sujeito, a qual compatibiliza as autonomias pública e privada a partir de uma gênese linguística comum (GÓES, 2013, p. 95). Essa autonomia política é configurada, na medida em que o cidadão consegue se enxergar como um coautor do direito na exata proporção em que é destinatário do produto normativo (HABERMAS, 2002, p. 85).

A circulação do poder comunicativo e sua conversão no poder administrativo característico do ente estatal é efetivada por intermédio da esfera pública. Esta, por sua vez, tem as características de uma arena pública de debates, na qual o agir comunicativo materializa a cidadania na troca de influxos comunicativos cujo objetivo maior é influenciar na produção do direito (PEREIRA, 2018, p. 67-68). A esfera pública é uma estrutura comunicacional que sustenta o espaço social gerado pelo agir comunicativo que integra a presença física e virtual de todos aqueles que estão postos ao diálogo (HABERMAS, 1997b, p. 92-93).

Da esfera pública, nasce a opinião pública procedimental, que deverá ser colhida por meio do *amicus curiae*, em uma leitura para além de Habermas, adequando os postulados daquele teórico ao direito brasileiro, e levada ao crivo do Poder Judiciário. Trata-se do elo entre sociedade civil que dialoga na esfera pública com os órgãos julgadores, maximizando a legitimidade de todas as decisões por aqueles emanadas. Em outras palavras, o *amicus curiae* é o canal comunicativo que efetiva o diálogo dentro do Judiciário (PEREIRA, 2018, p. 122-124).

Tal predicado é alinhado com a concepção de uma regra de argumentação, a qual serve de nascedouro da decisão judicial, proporcionado a esta o grau de correção necessário, como base valorativa que trata dos elementos fáticos que devem ser ponderados pelo julgador

(GÓES, 2013, p. 193-195). Este construto de Góes (2013, p. 185-192) é baseado na proposta de argumentação de Robert Alexy, cujo enfoque está no convívio com o pluralismo, contudo, faz-se uma aproximação com a proposta de interpretação reconstrutiva de Dworkin, com ênfase no romance em cadeia, para ajustar a já mencionada ausência de segurança jurídica encontrada na interpretação valorativa alexyana.

Pelo romance em cadeia, cada nova decisão reconstrói o sistema jurídico observando as decisões anteriores, como em um grande empreendimento literário escrito por todos os julgadores. É nessa interpretação reconstrutiva a que as decisões se vinculam e prendem ao sistema jurídico, enfrentando argumentativamente sua estrutura e relação de pertinência, o que finda em satisfazer o primado da segurança jurídica, respeitando todo o direito posto (DWORKIN, 2001, p. 238-241). A não adoção da teoria de Dworkin na integralidade é justificada pelas críticas de Habermas ao caráter monológico do julgador dworkiano, de modo que deverá o juiz abrir-se ao diálogo com toda a comunidade pública, ampliando assim o núcleo procedimental (HABERMAS, 1997a, p. 273-274).

O último ponto dentro da teoria empenhada por Góes e Pereira está na cooperação processual e sua correlação com a necessidade de fundamentação da decisão judicial. A fundamentação cristaliza o Judiciário como um espaço apto a receber o influxo do debate público, permitindo convencer e ser convencida, fazendo a aproximação entre realidade e processo. É também pela fundamentação que a reconstrução do sistema jurídico ocorre e a regra de argumentação é confrontada com o paradigma jurídico, ganhando um contorno substancial e não mais estritamente valorativo, o que finda legitimando a decisão judicial (GÓES, 2013, p. 251-252).

Aliás, a própria perspectiva de um modelo decisório reconstrutivo depende da fundamentação da decisão judicial, pois é por meio desta que é efetivado o controle dos precedentes judiciais, ao mesmo passo que também se alinha a proposta dialógica, com a devida prestação de contas para a sociedade civil. Em última análise, a fundamentação é um direito fundamental que assiste ao próprio cidadão, afastando posturas alinhadas com o agir estratégico. Por isso que a única decisão correta, para um caso concreto, é aquela construída procedimentalmente com base na regra de argumentação elaborada pela sociedade civil em suas esferas públicas e inserida no processo por meio do *amicus curiae*, cabendo ao julgador, em face dos valores apresentados, reconstruir o sistema jurídico de maneira fundamentada para chegar a uma justificativa final (PEREIRA, 2018, p. 168- 173).

Em posse desses lineamentos, o próximo passo é confrontar a teoria acima explicada no âmbito da fórmula-peso de Robert Alexy, com o fito de

ampliar a legitimidade decisória daquilo que o autor propõe e encontrar uma solução possível de ser aplicada no direito brasileiro, tendo em vista que a colisão de direitos fundamentais é um dos objetos de exame do STF .

4 A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA PROCEDIMENTAL E DO AGIR COMUNICATIVO NA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Dentro da fórmula triádica de Robert Alexy, os valores atribuídos à interferência, ao peso em abstrato e à confiabilidade podem ser aplicados com base no debate com o espaço público, quando entidades genuinamente representativas e espontâneas se colocarem a debate com o judiciário sobre os princípios que estão em rota de colisão e serão ponderados, é possível encontrar aqueles valores numéricos. Esses grupos advêm de uma cidadania ativa e não comunitarista, com a discussão tematizada de conteúdos conflituosos e de dissensos, sob a premissa da processualização, a partir da qual os melhores argumentos racionais podem sagrar-se vencedores (GÓES, 2013, p. 220-224). De outro orbe, o *amicus curiae* exerce uma função contra-colonizadora, possibilitando que grupos de interesse sejam excluídos deste procedimento deliberativo, fazendo prevalecer a voz daqueles que serão destinatários da norma e sentirão seus efeitos no cotidiano (PEREIRA, 2018, p. 103-105).

Prevalece a fórmula-peso de Robert Alexy, mas esta deixa de ser alimentada pelo solipsismo do julgador, uma vez que, na teoria daquele autor, o juiz é que atribuirá os valores do alto de sua razão individual, subjetiva e egocêntrica. Ora, para a democracia deliberativa pousar nas hostes jurisdicionais faz-se necessário afastar o solipsismo, conforme já enumerado no tópico acima, mediante o debate público. A esfera pública debateria e ao final sinalizaria os valores necessários para alimentar a fórmula-peso.

Daí que milita a crença na discussão valorativa, em uma perspectiva de constituição real, vai dar azo a um construto advindo da esfera pública que irá sinalizar aos julgadores qual a percepção fática e jurídica que determinado segmento social afetado pelo caso em concreto possui. Tem-se, aqui, inclusive, uma sinalização para a cooperação processual, como elemento necessário para assegurar o agir comunicativo endoprocessual, satisfazendo uma das críticas de Habermas a Alexy.

Ao pensar nesse sentido, a cooperação aflora como amarra do agir comunicativo, objetivando o enfrentamento argumentativo de tudo que é apresentado ao longo do processo, ao mesmo passo que permite a devida alimentação da fórmula-peso, restringindo, por meio da litigância de má-fé e suas penalidades, as ações estratégicas das partes. Neste desiderato, a cooperação proporciona, no âmbito da jurisdição constitucional, verdadeira

repercussão geral, uma vez que adéqua todas as expectativas normativas da cidadania ativa (PEREIRA, 2018, p. 156-159). Dito isso, a fórmula-peso alcança um novo patamar na medida em que seus componentes partem de uma interlocução entre Judiciário e sociedade civil e o produto deste diálogo é tratado sob a égide do agir comunicativo.

5 CONCLUSÃO

O artigo em tela teve por objetivo discutir a abertura procedimental da fórmula-peso, cunhada por Robert Alexy, discutindo uma interlocução ativa do Poder Judiciário com a sociedade civil. Consoante afirma Alexy, há uma distinção normativo teórica entre regras e princípios – as regras são normas que determinam comandos definitivos, sendo aplicadas através da subsunção. A validade e as condições de aplicações das regras são os fatores determinantes para identificar a adequação da regra.

De outro turno, os princípios enquanto mandatos de otimização, fazendo ser necessário que o elemento determinante seja concretizado na máxima proporção possível mantendo guarda das situações fáticas e jurídicas. Os direitos fundamentais em colisão estão submetidos à regra da ponderação, uma vez que os princípios são um mandado apriorístico. O grau apropriado de satisfação desta colisão dá-se pelo balanceamento, como modalidade de aplicação específicas dos princípios, o que interliga os princípios e a proporcionalidade.

A otimização das possibilidades fáticas pretende evitar problemas com os princípios, a despeito dos custos serem inevitáveis – inclusive, trata-se de uma característica intrínseca à colisão dos princípios que é razoavelmente resolvida pelo balanceamento. A lei do balanceamento tem origem em casos padrões, de modo que análises mais aprofundadas requerem uma análise da fórmula-peso. Por isso, a teoria alexiana encontra um aporte formal e substancial, de tal sorte que o balanceamento necessariamente perpassará por uma abertura procedimental, a qual poderá ser proporcionada pela proposta de diálogo ativo, por intermédio do *amicus curiae*, entre o Poder Judiciário e a sociedade civil.

Habermas sustenta críticas quanto ao modelo de Alexy, em especial no que toca à invasão de competências da corte constitucional e à ausência de segurança jurídica. Ao pensar essas críticas no direito brasileiro, faz-se necessário pensar que o STF, como guardião de uma sociedade periférica, necessita atuar para satisfazer a normatividade da Constituição, de modo que casos difíceis, submetidos a ponderações, podem ser objeto de análise pela corte.

Daí falar-se em um estudo baseado em Habermas, mas fazendo constante vistas as necessidades jurídico-normativas do direito brasileiro. Tal ideário dialógico estampado por Habermas ganha fôlego no sistema

jurídico brasileiro, por meio do *amicus curiae*, como canal comunicativo entre sociedade civil e STF, bem como na cooperação processual e necessidade de fundamentação, elementos indissociáveis de uma fidedigna aplicação do agir comunicativo no processo constitucional.

Somando-se a esses elementos, a fórmula-peso adquire uma interessante aplicabilidade no cenário jurídico brasileiro, sendo uma verdadeira aposta que pode ser feita no âmbito do STF, esvaindo qualquer pretensão ativista ou solipsista que possa envolver a proposta inicial de Alexy.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Constitucionalismo discursivo.** 4. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2001.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soerthe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e democracia, v. 2:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

_____. **Pensamento pós-metafísico:** estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do amicus curiae. Curitiba: Juruá, 2018.

Recebido: 15/7/2019.
Aprovado: 17/4/2020.

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira
Doutorando em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI–RN).
Professor DNS I da Universidade Potiguar (UnP).
Advogado.
E-mail: candremaciel@hotmail.com

Ricardo Tinoco de Góes
Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN).
E-mail: ricardotinoco@tjrn.jus.br