

PONDERAÇÃO, PRETENSÃO DE CORREÇÃO E ARGUMENTAÇÃO: O MODELO DE ROBERT ALEXY PARA FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DA DECISÃO*

Fausto Santos Morais**

André Karam Trindade***

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal estabelecer a correlação existente no desenvolvimento teórico de Robert Alexy sobre a ponderação de princípios jurídicos como metodologia de decisão judicial e a sua fundamentação racional. Analisa a pretensão de correção como categoria própria para estabelecer a integração entre os atos decisório e discursivo. A justificativa do estudo dá-se pelo progressivo reconhecimento da influência dos Direitos Fundamentais no sistema jurídico, tendo como efeito a hipótese de colisão de princípios, o que envolveria a necessidade da ponderação judicial. Assim, com base em pesquisa bibliográfica sobre a respeito da produção teórica de Robert Alexy, assume-se que a pretensão de correção é conceito chave para se compreender a íntima relação entre a distinção estrutural que caracteriza regras e princípios e a capacidade de fundamentação racional das decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos Direitos Fundamentais. Regras e princípios. Ponderação e argumentação jurídica.

Introdução

Este estudo propõe apresentar a fundamentação racional das decisões que envolvem a chamada “ponderação entre princípios jurídicos” como marca característica do desenvolvimento da *teoria dos direitos fundamentais*, de Robert Alexy. Isso porque a chamada “constitucionalização do direito” implicou a necessária indagação sobre a influência das normas de direito fundamental sobre toda a produção normativa.

Partindo da distinção estrutural entre regras e princípios, entendidos como mandamentos a serem otimizados, obter-se-ia como efeito a parametrização das normas do sistema jurídico aos comandos derivados dos direitos fundamentais. Tais comandos poderiam ser identificados por regras específicas presentes no texto constitucional ou, até mesmo, por normas implícitas decorrentes dele. Assim, não bastaria que as normas

* Enviado em 8/6, aprovado em 5/12, aceito em 18/12/2012.

** Doutorando e mestre em Direito Público - Universidade do Vale do Rio dos Sinos; professor da Escola de Direito - Faculdade Meridional; advogado. participante do projeto de pesquisa “Ativismo judicial: direitos fundamentais, espaço público e constituição”, financiado pela Faculdade Meridional. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: faustosmorais@gmail.com.

*** Doutor em Teoria e Filosofia do Direito - Roma Tre (Itália); mestre em Direito Público - Universidade do Vale do Rio dos Sinos; professor de Direito Constitucional - Faculdade Meridional; Membro Fundador do Instituto de Hermenêutica; produtor executivo do programa Direito & Literatura: do Fato à Ficção (TVE/RS e TV Justiça); coordenador do projeto de pesquisa “Ativismo judicial: direitos fundamentais, espaço público e Constituição”, financiado pela Faculdade Meridional. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: andre@ihj.org.br.

do sistema jurídico estivessem de acordo com o texto constitucional estrito senso, mas, também, elas deveriam se conformar às normas atribuídas a esse texto constitucional. Essa atribuição, como se verá no transcorrer do texto, seria conduzida por uma decisão guiada pela ponderação de princípios jurídicos.

Todavia, não bastaria ponderar princípios jurídicos, como um ato de decisão, se não fosse possível reconhecer a legitimidade deste ato. Para tanto, Robert Alexy defende a fundamentação racional da decisão judicial, mediante a sua teoria da argumentação jurídica - o que, na prática, acarretaria a legitimidade das decisões sempre que houvesse a possibilidade de sua fundamentação discursiva como capacidade racional humana.

A relevância desse estudo está na universalização metódica reconhecida à ponderação dos princípios jurídicos. O Direito brasileiro, por exemplo, utiliza-se da ponderação dos princípios, tanto para refinar as normas de direito fundamental como para determinar o chamado "núcleo essencial dos direitos fundamentais", ou seja, a estipulação do limite significativo e normativo dos direitos fundamentais.

A principal inovação que propõe o texto está na abordagem da pretensão de correção, categoria desenvolvida por Alexy como ligação entre a decisão que pondera princípios e a capacidade de sua fundamentação racional, capacidade esta como o *locus* da legitimidade decisória. Em suma, Robert Alexy poderia apresentar, pela integração da sua *teoria dos direitos fundamentais* à *teoria da argumentação jurídica*, meios para garantir a legitimidade discursiva das decisões sobre direitos fundamentais, algo já reclamado pela Constituição brasileira, no artigo 93, inciso IX.

Tendo como base a pesquisa bibliográfica, a indagação quanto à fundamentação racional da ponderação como exigência da argumentação jurídica desenvolver-se-á mediante as seguintes seções: 1) Da expressão *princípio jurídico*; 2) A concepção de princípio segundo Robert Alexy: um caminho da ponderação à regra através da estrutura do texto constitucional; 3) Regras e princípios jurídicos: diferentes razões normativas; 4) Para uma Teoria da Argumentação Jurídica: da regra à fundamentação racional; e 5) Discurso jurídico como proposta de fundamentação racional das decisões judiciais: a correlação entre a justificação interna e externa.

1 Da expressão *princípio jurídico*

O Direito brasileiro tem se mostrado receptor do desenvolvimento teórico feito por Robert Alexy ao reconhecer aos Direitos Fundamentais a condição estrutural de regras e princípios jurídicos. O problema é que o senso (demasiadamente) comum brasileiro recepcionou somente parte da teoria de Alexy, deixando de lado a questão primordial de dotar racionalmente a aplicação dos princípios jurídicos.

Assim, tornou-se comum a doutrina estabelecer a diferença entre regras e princípios jurídicos. Ocorre que, ao reproduzir tal classificação de maneira acrítica, mantém-se o velho problema positivista, seja kelseniano ou hartiano, relativo à delegação de poderes ao intérprete para que este, ante o seu subjetivismo (ABBAGNANO, 2007, p. 922), confira um sentido próprio às normas jurídicas, levando em conta as percepções e representações do sujeito.

Para discutir essa questão, mostra-se imperioso identificar o conceito de princípio utilizado por Robert Alexy, já que, em virtude das possibilidades significativas do termo “princípio jurídico”, pode o termo perder a sua precisão semântica na esfera jurídica (OLIVEIRA, 2008). Quando se faz referência ao conceito de princípio jurídico, não se pode descurar que, na ciência jurídica, o sentido pode ser empregado em três contextos diferentes. Sob a primeira perspectiva, o termo poderia oferecer aqueles conceitos-chaves em que a ordem jurídica positiva estaria assentada. Isto é, o Direito brasileiro, por exemplo, estaria fundado no princípio da democracia, referindo-se aos elementos característicos de determinada ordem jurídica. Outra possibilidade, contudo, seria a vinculação do conceito de princípio jurídico a um conceito teórico, *in abstracto*, como o princípio democrático. Estabelecendo o diálogo, parece ser algo parecido com a relação entre validade e facticidade proposta por Habermas, principalmente com a Teoria do Discurso como elemento integrante do princípio democrático na interligação da moral com as formas jurídicas. Assim, os Direitos Fundamentais poderiam ser tomados como condições pressupostas à institucionalização jurídica de discursos (HABERMAS, 2003, p. 158).

Nesse caso, seria possível, abstratamente, conceituar a concepção de democracia, atribuindo-lhe o adjetivo de princípio. Por fim, e talvez esta seja a hipótese que encontre maior adesão teórica e prática, haveria a concepção de princípio jurídico como tipo normativo próprio, de determinada característica (ESPINDOLA, 1998, p. 49). É, aqui, precisamente, que se encontra o conceito de princípio desenvolvido por Robert Alexy, como se verá na próxima seção.

2 A concepção de princípio segundo Robert Alexy: o caminho da ponderação à regra através da estrutura do texto constitucional

Robert Alexy emprega o conceito de princípios jurídicos num sentido específico. Entende o autor que o conceito de princípio jurídico deve ser compreendido juntamente com a pergunta pela estrutura dos direitos fundamentais. Isto é, na interpretação dos direitos fundamentais presentes no texto constitucional alemão haveria hipóteses em que uma norma exclusiva poderia ser deduzida. Seriam casos em que a construção semântica feita no texto constitucional permitiria entender o sentido do seu alcance normativo.

Nesses casos, em que o texto se mostra “claro”, estar-se-ia diante de um enunciado normativo de direito fundamental ou uma disposição de direito fundamental (ALEXY, 2008a, p. 66). Em situações como essa, nas quais o texto constitucional não demandasse maiores questionamentos interpretativos, estar-se-ia diante de uma regra jurídica.

Existiria, contudo, outro tipo de enunciados do texto constitucional alemão que não poderia ser considerado como “enunciado normativo de direito fundamental [sic]”, pois a simples proposição jurídica não expressaria a norma (ALEXY, 2008a, p. 71). Ou seja, existiriam proposições cuja condição de norma somente poderia ser reconhecida mediante um refinamento, levando em consideração os problemas concretos e as questões empíricas a serem analisadas. Seriam normas atribuídas ao texto constitucional, normas produzidas mediante um *refinamento* do texto constitucional (ALEXY, 2008a, p. 72-73).

Mas qual relação o estudo das preposições do texto constitucional teria com os princípios jurídicos aqui tratados? Alexy responderia: quando as preposições constitucionais mostram-se semântica ou estruturalmente abertas, a tradicional dedução não seria suficiente para encontrar o sentido normativo. Quando as preposições do texto constitucional fossem indeterminadas, seja semântica ou estruturalmente, o seu sentido não dependeria tão somente do texto constitucional, mas apelaria à atuação do Tribunal Constitucional (no caso, o alemão) para sua determinação. Seria sempre válida a interpretação do Tribunal Constitucional alemão na designação de normas de direito fundamental atribuídas quando a fundamentação utilizada encontrasse amparo nos direitos fundamentais.

Abordar a classificação proposta por Alexy entre normas de direito fundamental direta e atribuída é apresentar a noção de que a expressa proposição no texto constitucional, ou seja, a sua posituação, seria a referência necessária à fundamentação da norma como fundamental.

Portanto, parece que reconhecer a qualidade de norma de direito fundamental seria, para Alexy, num primeiro momento, questão de análise da linguagem utilizada. Far-se-ia a verificação sintático-semântica e, a partir daí, seria possível dizer que aquela proposição existente no texto constitucional seria norma jurídica.

A própria classificação normativa-estrutural entre regras e princípios jurídicos acabaria ficando condicionada a elementos linguístico-semânticos. Seriam regras jurídicas aquelas preposições normativas cuja dimensão sintático-semântica poderia ser facilmente entendida pelo intérprete sobre o proibido, o obrigado ou o permitido.

Na oportunidade em que as preposições do texto constitucional alemão não tivessem a mesma qualidade linguístico-semântica, apresentando certo grau de indeterminação, deparar-se-ia o jurista com a necessidade de lançar mão de outros cânones jurídicos metodológicos para além da chamada interpretação literal.

Esclarece o autor que saber o sentido de determinada norma de direito fundamental, estabelecendo a situação de norma de direito fundamental na condição atribuída, seria trabalho reservado tanto à jurisprudência quanto à ciência do direito (ALEXY, 2008a, p. 73). Assim, a distinção estrutural dos direitos fundamentais entre regras e princípios jurídicos seria necessária para que se determinasse a devida fundamentação desses dois tipos normativos. A distinção implicaria uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, servindo como base para apresentar as possibilidades e limites dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008a, p. 85).

Desse modo, nos casos em que a interpretação literal não se mostrasse suficiente, estar-se-ia diante de preposições cuja normatividade estaria vinculada ao dever da realização máxima dos direitos fundamentais. É dizer, portanto, que para Alexy a indeterminação semântica do texto constitucional alemão originaria a exigência de que aquela ordem constitucional específica exigisse do intérprete o reconhecimento de uma diferença qualitativa (ALEXY, 2008a, p. 85) entre normas de direitos fundamentais.

Haveria normas decorrentes da proposição do texto constitucional que exauriria comandos definitivos, válidos ou não. Essas normas teriam a condição estrutural de uma

regra jurídica. Se uma regra possui validade, ela deve ser aplicada, fazendo-se exatamente aquilo que ela dispõe (ALEXY, 2008a, p. 91). Isso porque as regras determinam quais são as condições fáticas e jurídicas para sua aplicação, de tal maneira que âmbito de aplicação de tais regras é fixado de forma preestabelecida. Como se viu antes, esse tipo normativo teria a sua fundamentação racional pela simples referência à sua positividade no texto constitucional.

Nesse sentido, parece que a noção de regra como norma jurídica conforma-se à tradicional visão que põe em evidência a chamada “teoria do suporte fático”. Preenchendo a regra o seu suporte fático, a consequência jurídica seria um processo automático. A lógica das regras seria: “se Y, então X”. Trata-se, em outras palavras, daquilo que juridicamente é conhecido como processo de subsunção.

Saber, portanto, se o jurista estaria diante de uma norma de direito fundamental proveniente diretamente da positividade da proposição do texto constitucional acarretaria a verificação da satisfação do seu esquema se/então. Valendo tal norma, dever-se-ia, por força do esquema imperativo, fazer exatamente aquilo determinado pela regra (ALEXY, 2008a, p. 91).

No entanto, Alexy apresenta o problema da norma de direito fundamental atribuída ou aditada como característica semântica do texto constitucional. Ao verificar-se que a proposição de direito fundamental apresenta indeterminação semântica, o que certamente dificulta o entendimento do seu âmbito normativo, seria necessário outro tipo de metodologia para identificar qual das hipóteses normativas deveria ser considerada.

É possível concluir, a partir de tal premissa, que a existência de outra estrutura normativa diferente das regras jurídicas teria a sua proveniência da característica semântica das preposições do texto constitucional que se mostraria indeterminada (ALEXY, 2010c, p. 24). Essa qualidade linguística, nessas condições, exigiria uma forma de fundamentação bem diferente da simples referência à sua positividade no texto constitucional, questão impossível em face da indeterminação semântica.

Diferentemente das regras, cuja discussão quanto à sua condição de norma fundamental se reduz a verificar as condições determinadas por sua positividade constitucional (ALEXY, 2008a, p. 91), a indeterminação semântica não permitiria que apenas a referência empírica aos fatos pudesse sustentar a sua incidência normativa.

Assim, as normas de direitos fundamentais aditivas acabariam envolvendo discussões quanto a questões jurídicas e fáticas. Aqui, deve-se fazer, obrigatoriamente, um parêntese. A substancialização do texto constitucional com os direitos fundamentais traria consigo a concepção de que todo o direito deveria ser desenvolvido, considerando a exploração máxima dos direitos fundamentais. De forma mais simples: na aplicação do direito, sempre assumir-se-ia o dever de reconhecer a máxima eficácia dos direitos fundamentais, principalmente naquelas normas atribuídas ao texto constitucional (ALEXY, 2008a, p. 116).

Pode-se concluir, parcialmente, que a pergunta pelos princípios jurídicos está na base do entendimento sobre que normas jurídicas poderiam ser atribuídas ao texto

constitucional, sobretudo quando indicassem uma abertura semântica e/ou empírica, cujo suporte fático não seria definitivamente determinado pelo texto.

Por meio da condição semântica percebida no texto constitucional poder-se-ia identificar um conjunto de comandos que deveriam ser realizados na sua condição ótima. Nesse sentido, os princípios jurídicos seriam diferentes das regras, pois, ao serem considerados normas *prima facie*, exigiriam a melhor satisfação sempre. Por possuir essa característica, sempre de máxima normatividade, teriam a consequência de promover constantes conflitos entre comandos principiológicos em sentidos diferentes.

Os comandos dos princípios jurídicos teriam a característica própria de se orientarem à otimização (ALEXY, 2000, p. 300). Faz-se necessário, contudo, o seguinte esclarecimento: Alexy entende que o sistema jurídico orientado pelos direitos fundamentais incorpora um mandamento de otimização. Por isso, aqueles comandos provenientes dos princípios jurídicos deveriam ser realizado de maneira máxima como um comando *prima facie*. Entretanto, de acordo com as condições jurídicas - diga-se, princípios jurídicos contrapostos - e fáticas, apenas seria realizado gradualmente.

Nesse sentido, a realização dos princípios jurídicos não seria da mesma forma que as regras. Enquanto a aplicação das regras mantém a sua preocupação com as condições fáticas, os princípios jurídicos envolveriam questões fáticas e jurídicas (ALEXY, 2008a, p. 90). Portanto, a aplicação dos princípios jurídicos deveria considerar os demais princípios jurídicos e regras possivelmente envolvidos na apreciação de um caso concreto.

A pergunta pela solução jurídica num determinado caso concreto não deduzível diretamente do texto constitucional positivado apontaria para a necessidade de verificação da aplicação máxima dos princípios jurídicos envolvidos, procurando desenvolver o suporte fático (ALEXY, 2008a, p. 98) necessário para aplicação do direito. Ou seja, a norma de direito fundamental atribuída envolveria a pergunta pelos princípios jurídicos colidentes, procurando harmonizá-los por meio da construção de uma regra jurídica específica cujo suporte fático indicaria as condições fáticas e jurídicas necessárias para sua aplicação.

3 Regras e princípios jurídicos: diferentes razões normativas

Segundo Alexy, as regras e os princípios seriam razões que influenciariam na consideração de outros princípios e regras jurídicas, mas também razões para ações - ou seja, determinações concretas daquilo que seria obrigatório, proibido e permitido (ALEXY, 2008a, p. 107).

A diferença, contudo, deveria ser estabelecida na função e qualidade dessas razões. Por conter razões definitivas sobre determinada ação, verificadas as condições da regra, obter-se-iam razões suficientes para agir de determinada maneira (ALEXY, 2008a, p. 106). Com os princípios jurídicos, entretanto, a situação seria diferente. Ao exaurirem razões apenas *prima facie* para o cumprimento de sua ordem de maneira máxima possível, a ação seria possível nesta qualidade apenas de maneira abstrata.

Quando se buscasse a aplicação de princípios jurídicos como forma de resolução de problemas concretos, em virtude da indeterminação semântica, a sua qualificação máxima *prima facie* seria flexibilizada em consideração a outras razões *prima facie* derivadas de outros princípios jurídicos envolvidos. Assim, as razões *prima facie* dos princípios jurídicos, da máxima realização da ordem, seriam realizadas na prática de maneira gradual.

Essa aplicação máxima exigida aos princípios jurídicos teria como consequência a provocação de constantes colisões entre os seus comandos, sendo tarefa do intérprete harmonizá-los por intermédio da construção de uma lei de colisão ou regra de precedência condicionada.

O que antes foi designado como mandamento de otimização que orientaria a aplicação máxima do comando dos princípios jurídicos pode ser, agora, relacionado com a máxima da proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade envolveria o dever de máxima aplicação dos comandos principiologicos diante das condições fáticas e jurídicas (ALEXY, 2008a, p. 118). Esse dever *prima facie* instituído pela máxima da proporcionalidade acabaria sendo realizado gradualmente diante da inter-relação entre os princípios jurídicos envolvidos diante das exigências das submáximas da adequação, necessidade e proporcionalidade estrita verificadas no caso concreto (ALEXY, 2008a, p. 118).

Enquanto as submáximas da adequação e necessidade diriam respeito às circunstâncias fáticas, a proporcionalidade em sentido estrito envolveria o juízo de sopesamento das condições jurídicas, ou seja, dos comandos normativos de princípios colidentes que deveriam ser harmonizados mediante a lei de sopesamento ou de precedência condicionada.

A forma de enfrentar a colisão entre princípios jurídicos seria o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre eles, possível em razão das circunstâncias apreendidas diante do caso concreto. O caso concreto forneceria elementos fáticos para que se determinassem as condições nas quais um determinado princípio deveria preponderar ou preceder o outro. Assim, o autor refere que as relações de precedência serviriam para fixar as condições pelas quais um princípio jurídico deveria prevalecer sobre outro (ALEXY, 2008a, p. 96). Essa operação redundaria numa regra jurídica atribuída ao texto constitucional e, portanto, não poderia ser violada (ALEXY, 2008a, p. 98).

Especula-se, portanto, que as normas de direito fundamental atribuídas nada mais seriam do que o desenvolvimento jurisprudencial de hipóteses de suportes fáticos desenvolvidos a partir de determinadas proposições jurídicas presentes no texto constitucional, condicionadas às possibilidades fáticas e jurídicas, com a seguinte consequência: disciplinariam a relação entre os princípios jurídicos envolvidos naquele específico caso.

Portanto, a metodologia jurídica na aplicação dos princípios jurídicos seria responsável por estabelecer uma ordem transitiva de valores do sistema jurídico, indicando as condições que determinado valor, guardado pelo princípio jurídico, deveria preponderar sobre outro. Alexy vai denominá-la *juízo de valor*, na medida em que estabelece juízos comparativos tanto entre valores como entre princípios jurídicos (ALEXY, 2008a, p. 151), expressando determinadas preferências valorativas (ALEXY, 2008a, p. 148). Essas preferências

valorativas diriam o que possui maior ou menor valor; o que, para o direito, implicaria uma noção de valoração global, devendo definir-se a relação entre valores diferentes (ALEXY, 2008a, p. 149).

A necessidade de hierarquização dos princípios jurídicos de acordo com o enfrentamento paulatino de problemas jurídicos concretos demandaria do intérprete a identificação dos valores jurídicos do ordenamento, elegendo um juízo que expressasse a relação de hierarquização entre princípios jurídicos na adjudicação.

Alexy refere que, abstratamente, o ordenamento jurídico determinaria valores fundamentais de maneira genérica. Essa condição abstrata se tornaria problemática quando fosse necessário indicar, num conflito jurídico concreto, qual valor jurídico deveria ser considerado o mais relevante, tendo como pressupostos os direitos fundamentais (ALEXY, 2008a, p. 159). Essa hierarquização entre os valores jurídicos, no entendimento de Alexy, como princípios jurídicos, somente se faria possível numa condição incompleta e flexível.

Essa condição flexível dos princípios jurídicos como normas derivadas dos direitos fundamentais estaria marcada nas ordens *prima facie*, o que permitiria o seu alcance gradual, de acordo com cada desafio concreto.

A lei de colisão em que um princípio jurídico deveria preponderar sobre outro, naquela situação condicionada, serviria para que, pela adjudicação judicial, fossem construídos esquemas de preferência entre princípios jurídicos, criando uma rede de decisões concretas de preferência a partir da jurisprudência do tribunal constitucional (ALEXY, 2008a, p. 163). Assim, a lei de colisão teria como função criar ordens condicionadas entre princípios jurídicos por meio de adjudicações concretas. Essa ordem instituiria determinada carga argumentativa para fundamentação racional das decisões sobre direitos fundamentais.

Logo, especula-se que Alexy desenvolve o conceito de princípio jurídico como comandos a serem otimizados a partir de diferentes condições fáticas e jurídicas, estabelecendo conexão direta com a concepção que possui da linguagem jurídica. Para Alexy, como visto, a pergunta pelos princípios jurídicos seria proposta a partir de uma indeterminação semântica do texto constitucional, o que conduziria à necessidade de hierarquização de diferentes critérios de valoração jurídica conflitantes entre si (ALEXY, 2008a, p. 141).

A concepção de princípio jurídico pensada por Alexy, os mandamentos a serem otimizados, determinados pela ordem da máxima otimização somente poderiam ser satisfeitos plenamente em abstrato. Isto é, a ordem máxima seria uma ordem *prima facie*, uma ordem ideal. No entanto, a sua transformação em condições reais somente seria possível por meio de uma lei de colisão que estabelecesse as circunstâncias em que os princípios jurídicos poderiam ser aplicados de forma máxima.

Parece que tal concepção de princípio jurídico está calcada na classificação tradicional entre ser e dever-ser. Essa distinção é conhecida no direito entre ôntico e deôntico. Os princípios jurídicos - como estruturas deônticas próprias do direito - fariam parte do

mundo jurídico dissociado do mundo do ser. Essa diferenciação envolveria certa dose de idealidade do comando principiológico, e tal problema viria solucionado pela lei de colisão formulada por Alexy.

Numa outra perspectiva, especula-se que a condição deontica dos princípios jurídicos lhes adjetivaria uma indeterminação (ALEXY, 2008a, p. 139), típico da idealidade normativa, o que não poderia ter a sua correspondência real. A idealidade normativa, para que não se mantenham dúvidas, adviria do mandamento de otimização que, abstratamente, indicaria a exigência de aplicação na máxima medida dos comandos principiológicos.

Todavia, da condição ideal do comando dos princípios jurídicos à sua aplicação real, a máxima da proporcionalidade poderia servir como processo de depuração da ordem principiológica em consideração com outras ordens que também deveriam ser observadas de maneira máxima, fazendo da lei de colisão a expressão da passagem de um dever-ser ideal a um dever-ser real (ALEXY, 2008a, p. 139).

Conclusivamente, os princípios como ordens ideais a serem otimizadas requeriam a sua realização mediante esquemas de sopesamento, transformando a sua condição de comando máximo, ideal, em comandos condicionais, reais, na produção de uma regra de precedência ou lei de colisão. Essa regra de precedência condicionada forneceria à aplicação do direito o suporte fático necessário para sua incidência como norma de direito fundamental atribuída.

Especulando-se o aproveitamento hermenêutico do conceito de princípio jurídico de Robert Alexy, surge a necessidade de se compreender a aplicação desse princípio diante da exigência decorrente da tomada de decisões e da respectiva fundamentação. Essa pergunta envolverá, obrigatoriamente, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy como forma de fundamentação racional do processo de decisão.

4 Para uma Teoria da Argumentação Jurídica: da regra à fundamentação racional

Viu-se na seção anterior que a resolução dos problemas jurídicos envolveria metodologia própria, que, de acordo com a proposição jurídica do texto constitucional, poderia se dar duas formas distintas. Sendo claras as preposições constitucionais, a norma jurídica seria encontrada mediante o esquema lógico da subsunção, cuja fundamentação seria possível pela simples referência à posituação constitucional.

Nesta hipótese, estar-se-ia falando das regras jurídicas, como ordens e razões definitivas para ações. Alexy deixa implícito que existem casos em que o dispositivo legal e os axiomas empíricos (especula-se, o contexto probatório) podem ser vinculados logicamente à determinada norma individual. Esclarece-se, aqui, que nesses casos a decisão estaria justificada em virtude da operação lógica entre o dispositivo legal e os axiomas empíricos como premissa maior silogisticamente remontada à decisão judicial (ALEXY, 2005, p. 34).

Outra possibilidade surgiria na indeterminação do texto constitucional. Nessa situação, a norma jurídica somente poderia ser indicada mediante atribuições significativo-normativas

às preposições constitucionais. Diante dessa segunda hipótese, estar-se-ia diante de casos em que o sentido das preposições constitucionais envolveria a conjugação de princípios jurídicos como ordens a serem otimizadas. Essa necessidade envolveria conflito entre ordens máximas na sua dimensão ideal, o que, na dimensão real, poderia ser satisfeito apenas gradualmente.

Concentra-se, agora, na forma como a relação entre princípios jurídicos ideais devem satisfazer determinadas condições para sua aplicação real. Boa parte dessa metodologia foi apresentada anteriormente. Havendo colisões entre princípios jurídicos na sua condição ideal, pela aplicação máxima de suas ordens, a solução proposta seria um refinamento de acordo com as condições jurídicas e fáticas entrelaçadas em determinado caso concreto. Isso se daria pela orientação da máxima da proporcionalidade, em que, uma vez constatada a adequação e necessidade, a resolução das ordens contrárias entre princípios seria resolvida pela lei de sopesamento, ou proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008a, p. 148).

A lei de sopesamento seria produzida a partir de uma combinação dos fatores estabelecidos por meio de uma *fórmula de peso*, que, ao mesmo tempo, indicaria o peso concreto ou a importância relativa de um princípio jurídico em relação a outro (ALEXY, 2007a, p. 149), estabelecendo juízos de hierarquia sobre critérios de valorações. Esses juízos seriam inferências imanentes ao ato de sopesar, podendo ser considerados como pontos de partida para a necessária fundamentação racional.

Tudo indica que Alexy atribui à *fórmula de peso*, que estabeleceria a relação condicional entre diferentes princípios jurídicos, o pressuposto racional para construir-se uma lógica preposicional indicativa da fundamentação racional. Essa conclusão é obtida na leitura de Bustamante, quando o autor refere que a fórmula de peso permitiria a construção de um esqueleto de juízos valorativos, orientando as exigências mínimas de racionalidade na produção e refutação dos fundamentos (argumentos racionais) sobre o sopesamento (BUSTAMANTE, 2008, p. 278).

Assim, a preocupação de Alexy parece ser no sentido de dotar de racionalidade a atividade de sopesar (ou ponderar), o que passaria, necessariamente, pela fundamentação racional como condição legitimadora da adjudicação (ALEXY, 2007a, p. 131). Entende o autor que esses elementos estariam relacionados, visto que somente se poderia reconhecer a legitimidade da atribuição proporcionada pela ponderação adjetivando-lhe racionalidade. Esta, por sua vez, adviria da fundamentação racional dos elementos (estrutura) dos princípios jurídicos envolvidos na resolução do caso concreto.

Como suporte à construção estrutural da ponderação, o autor já parte da sua diferenciação entre regras e princípios, estes entendidos como mandamentos a serem otimizados porque reclamam a sua realização da maior forma possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas. Para a formulação da ponderação, como visto na seção anterior, estar-se-ia diante da necessidade de considerar as possibilidades jurídicas de realização máxima dos princípios envolvidos. Isso requisitaria uma análise quanto ao grau de satisfação e afetação do princípio contrário envolvido, procurando sempre evitar um maior custo ao princípio constitucional concorrente.

O aferimento quanto à satisfação ou afetação de um princípio jurídico diante de outro evolveria juízos de valorações. Assim, quando se fizesse sopesamentos quanto à satisfação ou afetação de determinado princípio jurídico, estar-se-ia preterindo uma das soluções possíveis (ALEXY, 2005, p. 38), expressando-a na forma de uma lei de sopesamento. Especula-se que essa lei de sopesamento é um juízo sobre a preponderância de um princípio sobre outro, passível de redução à proposição jurídica. Portanto, a valoração ou juízo de valor poderia ser representado por uma proposição jurídica.

Alexy refere-se a valores quando sustenta que a “aplicação do direito pode exigir, em especial, evidenciar e realizar valorações em decisões mediante um ato de conhecimento valorativo em que não faltam elementos valorativos” (ALEXY, 2005, p. 53). As valorações citadas seriam aquelas “imanentes à ordem jurídica constitucional” e, portanto, nem sempre expressas nos dispositivos jurídicos (ALEXY, 2005, p. 53). No caso em que o juiz se depara com o limite da ordem jurídica, ele deve recorrer às valorações – para Alexy, de cunho não arbitrário sempre que puderem ser fundamentadas por meio de uma argumentação racional.

Sinteticamente: a decisão que se vale da ponderação somente poderia ser considerada como legítima se a valoração feita pudesse ser fundamentada, o que decorreria de sua qualidade racional. Para Alexy, os três problemas guardariam conexão, pois a legitimidade do ato de ponderação estaria na condição de demonstrar a sua racionalidade que, por sua vez, dependeria do sucesso em apresentar a sua estrutura. Parece, então, que a chave da ponderação estaria na demonstração de uma estrutura que permitisse ao intérprete explicitar a racionalidade da sua decisão.

Portanto, a ponderação acabaria envolvendo um juízo valorativo sobre qual princípio jurídico deveria, condicionalmente, preponderar sobre outro. Essa decisão valorativa poderia ser aceita como racional desde que a decisão que escolheu a preferência de determinado princípio jurídico pudesse ser uma escolha racional fundamentada. Isto é, desde que a escolha feita pudesse ser expressa em fundamentos.

Prossegue o autor alegando que a decisão adjudicatória estabeleceria uma proposição jurídica (lei de colisão), cuja fundamentação levantaria uma pretensão de correção através de determinadas condições discursivas limitadas pelo discurso jurídico (ALEXY, 2005, p. 46).

A questão quanto à possibilidade de fundamentação racional das decisões judiciais e as limitações próprias determinadas pelo discurso jurídico foram objeto de pesquisa desenvolvida por Robert Alexy e publicada no livro *Teoria da Argumentação Jurídica*. É nesse trabalho que surge a pretensão de correção como elemento moral-discursivo que dá legitimidade às decisões judiciais.

Dessa maneira, a pretensão de correção é, para Alexy, a característica distintiva do conceito de direito. Quer dizer, o conceito de direito envolveria a possibilidade do uso da coerção legitimado via determinadas condições. Existiria uma condição formal, proveniente do direito positivo, o que representaria a pretensão de correção formal (ALEXY, 2008b, p. 90). Além desse elemento formal, o conceito de direito teria um

elemento substancial determinado pela vinculação do direito positivo à moral. Esse elemento substancial reclamaria uma análise qualitativa do direito positivo, o que seria representado pela pretensão de correção. Seria pela pretensão de correção que o direito se mostraria substancialmente ligado à moral discursiva. Ou seja, para que o direito cumprisse com o elemento moral, ele deveria atender à pretensão de correção mediante a fundamentação racional de suas decisões.

A condição do direito, estendendo-se ao argumento para o juízo de adjudicação, permitiria que, pela pretensão de correção, fosse possível questionar a fundamentação racional do conteúdo do direito. Assim, a razão serviria para reconhecer ao direito uma dimensão ideal ou crítica (ALEXY, 2008b, p. 92): o dever-ser do direito. Ocorre que, como visto no estudo anterior sobre os princípios, a dimensão ideal reclamaria reconhecer o dever de otimização dos seus comandos. Todavia, isso poderia ser realizado apenas aproximativamente na realidade.

Estabelecendo o diálogo, parece ser algo parecido com a relação entre validade e facticidade proposta por Habermas, principalmente, com a Teoria do Discurso como elemento integrante do princípio democrático na interligação da moral com as formas jurídicas (HABERMAS, 2003, p. 158). Assim, os Direitos Fundamentais poderiam ser tomados como condições pressupostas à institucionalização jurídica de discursos (HABERMAS, 2003, p. 158).

Logo, a pretensão de correção na aplicação dos princípios jurídicos, como dever-ser de ordem máxima *prima facie*, teria a sua realização de forma gradual ou aproximada, determinada por um juízo de valoração que poderia estar expresso na proposição jurídica da lei de colisão, a partir do seu contato com a realidade do problema concreto. Esse juízo ou proposição, em última *ratio*, deveria ser considerado como produto de uma pretensão de correção moral responsável por estabelecer a ponte necessária entre o ideal e real. Como ilustra o autor, a pretensão de correção integraria as dimensões reais e ideais do direito, estabelecendo uma conexão qualificadora.

Todo o direito, seja concebido como ordem jurídica ou como adjudicação pelo poder judiciário, envolveria uma pretensão de correção material que estabeleceria a conexão entre o direito e a moral (ALEXY, 2005, p. 140-141). Os atos jurídicos, na concepção de Alexy, sempre envolveriam a ligação com a moral (ALEXY, 1993, p. 38), no sentido da necessidade de correção. Toda vez que se pondera, interpreta, aplica, fundamenta/argumenta, estar-se-ia exercendo a pretensão de correção (ALEXY, 2007b, p. 22) quanto ao conteúdo e ao procedimento. Assim, para Alexy, a pretensão de correção seria característica marcante do direito como ordem jurídica e processo de adjudicação.

Pode-se especular, a partir da noção de pretensão de correção, que o sopesamento - como valoração entre diferentes critérios valorativos - implicaria reconhecimento do juízo de adjudicação para estabelecer vinculações entre o material jurídico institucionalizado (lei, jurisprudência, dogmática) e as exigências concretas (problemas concretos ainda não definidos). Nesse sentido, o juízo exprimiria a pretensão de correção do adjudicador (juízo valorativo moral), escolhendo aquela solução que se amoldasse à pretensão formal e material do direito (ALEXY, 2007b, p. 20).

Parece ser nesse sentido que Alexy vai referir que o processo de interpretação do direito envolve um processo de descoberta psíquica, compondo-se “da escolha de várias alternativas de interpretação em virtude de argumentos” (ALEXY, 2010c, p. 65-66). Crê, portanto, que o resultado escolhido significa a afirmação de que determinada interpretação deve ser privilegiada, o que expressaria a pretensão de correção (ALEXY, 2010c, p. 65). Assim, não se mostraria forçoso dizer que toda afirmação jurídica estaria fundada na pretensão de correção.

O juízo da ponderação não estaria imune à conexão do direito com a moral. Ao se determinar que determinado princípio jurídico deveria preceder, naquelas condições, outro princípio jurídico, estar-se-ia sustentando determinada pretensão de correção. Nesse sentido, Alexy vai dizer que a sentença (como lei de colisão ou norma de direito fundamental atribuída) promoveria a pretensão de correção; e, nessa condição, como qualquer outra proposição jurídica, deveria ser justificada discursivamente (ALEXY, 2007c, p. 161).

5 Discurso jurídico como proposta de fundamentação racional das decisões judiciais: a correlação entre a justificação interna e externa

Nos casos em que se discute a norma de direito fundamental atribuída pelo sopesamento de princípios jurídicos, o processo de adjudicação judicial haveria de recorrer à moral, visto que o sistema jurídico teria apresentado o seu limite (ALEXY, 2010c, p. 72). O recurso à moral na adjudicação se daria, assim, mediante a importação de razões morais, cuja pertinência estaria fundada na pretensão de correção (ALEXY, 2008c, p. 68).

Especula-se que a pretensão de correção se manifestaria em diferentes momentos para a fundamentação da interpretação. Pode-se dizer: o juízo que valora, e que vem expresso na lei de colisão, acarreta uma pretensão de correção. Assim, a lei de colisão necessita ser fundamentada para que atenda à “pretensão de correção racional”, expressão utilizada tão somente para indicar outra etapa da manifestação da pretensão de correção, já que, de acordo com Alexy, não se poderia adjetivar a pretensão de correção em virtude da sua imanência em todo o processo racional de afirmação. Além disso, ter-se-ia a “pretensão de correção jurídica”, que reclamaria o reconhecimento pelo sistema jurídico da correção da decisão e seus fundamentos (ALEXY, 2005, p. 217).

Mas como se poderia reconhecer a pretensão de correção? Como se poderia dizer que determinada decisão valorativa (conteúdo) seria correta? Alexy vai dizer que, independentemente do contexto envolvido, a pretensão de correção envolve a pretensão de fundamentabilidade (ALEXY, 2007b, p. 25).

A capacidade humana racional seria capaz de oferecer as razões necessárias para fundamentar determinada decisão. Essa capacidade seria reconhecida como a capacidade discursiva do ser humano de indicar as razões de suas ações. Portanto, a condição de saber se a decisão fundada na pretensão de correção estaria fundamentada seria objeto de estudo da teoria do discurso prático.

Alexy sustenta que a teoria do discurso jurídico reclamaria a necessidade de um procedimento de fundamentação, mediante argumentos, como caminho viável para dar validade à pretensão de correção. Assim, por exemplo, a pretensão de correção tanto na atividade legislativa como adjudicatória teria a sua validade testada mediante um procedimento discursivo (ALEXY, 2007b, p. 25).

Essa noção procedimental assumida por Alexy envolveria a possibilidade do embate de razões ou argumentos que seguiriam determinadas regras, sejam elas para dotar a discussão do adjetivo de racional (ALEXY, 2007b, p. 26), bem como regras específicas de determinado procedimento jurídico, por exemplo. As regras que regulariam a racionalidade da discussão são denominadas por Alexy como determinantes da argumentação prática geral, estabelecendo condições de liberdade e igualdade entre os participantes do processo argumentativo. Embora tais regras pudessem ter a sua realização apenas de forma ideal, serviriam, na prática, como condições que poderiam ser concretizadas aproximadamente. Mesmo assim, com essa deficiência não perderiam a qualidade de indicar condições de liberdade e igualdade entre os participantes do discurso.

O modelo racional, discursivo e procedimental, encontraria a sua correspondência na argumentação jurídica. Alexy entende que a argumentação jurídica destinada à discussão de questões práticas (ordenado, proibido e permitido) seria um caso especial da argumentação prática geral. Isto é, a argumentação jurídica, além de envolver as mesmas regras do discurso prático geral, exigiria limitações próprias para que se pudessem considerar determinada pretensão de correção como juridicamente válida.

Em outras palavras: o direito instituiria limitações relativas ao conteúdo que poderia ser admitido como passível de discussão, bem como o âmbito procedimental em que a argumentação deveria ocorrer. Essas limitações deveriam ser consideradas como racionais porque respeitariam a universalidade e delimitariam, de igual forma, a liberdade de participação argumentativa dos interessados.

Dessa maneira, a verificação da validade ou pretensão de correção de diferentes interpretações jurídicas estaria fundamentada quando fossem apresentadas razões resistentes ao procedimento jurídico. Assim, o procedimento jurídico como âmbito de desenvolvimento discursivo teria a finalidade de certificar a pretensão de correção (ALEXY, 1993, p. 60).

A existência de um procedimento discursivo em que se desenvolveria a argumentação jurídica teria a vantagem de reconhecer a pretensão de correção. Entretanto, não teria o poder de indicar apenas uma alternativa interpretativa. Quer dizer, para Alexy o caminho indicado pelo procedimento discursivo delimitaria o âmbito decisório, mas não teria a força para determinar apenas uma resposta. Haveria, nesse caso, mais de uma resposta considerada discursivamente, visto que atenderia às mais diversas condições racionais como: lógicas, de participação, carga argumentativa, universalidade (ALEXY, 1993, p. 63).

Assim, a pluralidade de possibilidades interpretativas seria um elemento ínsito a condição discursiva-racional. A grande característica que diferenciaria o discurso

jurídico seria a pergunta pela pretensão de correção da decisão de acordo com a ordem jurídica vigente. De forma mais simples, surgiria a pergunta sobre a correção da interpretação, norma de direito fundamental atribuída ou proposição jurídica diante do sistema jurídico vigente (ALEXY, 2005, p. 310).

A pretensão de correção frente ao sistema jurídico vigente reduziria o âmbito das possibilidades discursivas proveniente do espaço de discussão prático geral, transformando o que inicialmente seria considerado como discursivamente possível (ALEXY, 1993, p. 70) naquilo juridicamente permitido de se discutir. Teriam essa função as regras, princípios e procedimentos jurídicos (ALEXY, 1993, p. 69).

Alexy reconhece a incapacidade da discussão racional para resolução de problemas práticos, com a definição da ação obrigatória, proibida e permitida. O discurso prático geral não conseguiria resolver esses problemas, visto que as regras que lhe conferem racionalidade necessitam ser complementadas pelas regras próprias do discurso jurídico. Somente com as regras do discurso jurídico elas seriam capazes de pôr fim na discussão quanto à pretensão de correção, estabelecendo aquilo que é obrigado, proibido e permitido.

Desse modo, a argumentação considerada no discurso jurídico serviria para reconhecer o dever-ser de determinadas ações, com base em procedimentos jurídicos estruturados. Essa estrutura procedimental poderia ser encontrada na criação de normas jurídicas, o que, especula-se, poderia ser chamado de procedimento discursivo para criação de leis.

Na tradição romano-germânica, matriz do sistema jurídico alemão e brasileiro, o procedimento legislativo é responsável pela produção de leis como fonte primordial do estabelecimento de condutas. O dever-ser é estabelecido, em via de regra, via procedimento legislativo. Assim, quando se diz que alguém possui determinado direito, o primeiro recurso discursivo é apontar a referência daquela norma positiva no texto legislativo.

Embora o discurso jurídico reverencie a importância das leis, as razões para determinadas ações nem sempre decorrem exclusivamente do texto legal. Há muitas ocasiões em que as partes discutem sobre seus direitos referindo-se a outras razões como a jurisprudência ou a doutrina. Dizem: “tenho direito conforme a jurisprudência vem consagrando... [sic]” ou “conforme a doutrina da responsabilidade objetiva, tenho direito... [sic]”. Esses âmbitos de discussão seriam prova de que o discurso jurídico, mesmo limitado pela noção de lei, ainda envolveria controvérsias.

Assim, para resolver as controvérsias quanto ao dever-ser, o procedimento ou processo judicial surge como âmbito conclusivo na medida em que é ele que indica a ação devida juridicamente (ALEXY, 2008a, p. 550). Ou seja, mesmo reconhecendo a delimitação progressiva do âmbito de discussão sobre qual conduta se deve praticar - respectivamente, por meio da lei, jurisprudência e doutrina - somente o processo judicial seria capaz de estabelecer, concretamente, o que deveria ser feito. Logo, apenas no processo judicial, como uma sucessão de ritos, é que se reconhece a satisfação das regras do discurso prático geral e do discurso jurídico, havendo a definição sobre qual conduta deve ser exigida (ALEXY, 2008a, p. 548).

No entendimento de Alexy, o discurso jurídico poderia ser considerado de estrutura dupla: de um lado, teria elementos que envolveriam a lei, os precedentes e a dogmática; e, de outro, ao mesmo tempo, exigiria elementos próprios de um discurso prático geral (ALEXY, 2008a, p. 550). O discurso jurídico seria menos vago que o discurso prático geral, mas, mesmo assim, não poderia resolver os problemas sociais sem um procedimento complementar fornecido pelo processo judicial. Em outras palavras: a efetiva forma de resolução dos conflitos sociais efetivamente se daria mediante um procedimento judicial, ou processo judicial, pelo qual não apenas se decidiria, mas também se argumentaria, fundamentando racionalmente essa decisão. A racionalidade da decisão seria conferida pelo fato de a decisão satisfazer as regras estipuladas nos procedimentos, presumindo-se, dessa maneira, a sua fundamentação (ALEXY, 2008a, p. 551).

Uma vez indicada a relação entre o discurso prático geral e o discurso jurídico, Alexy procura apresentar todas as regras necessárias para que a decisão judicial pudesse obter a qualificação de racional. Para tanto, o autor estabelece 28 regras de integração do discurso prático geral e jurídico. Essas regras envolvem a fundamentação sob duas perspectivas. Alexy sustenta, na verdade, que existiriam duas formas de justificação (como fundamentação racional) presentes na argumentação jurídica: uma interna, outra externa.

A justificação interna seria a necessidade de se apresentar a fundamentação entre o resultado normativo (norma) e a proposição jurídica positivada no texto constitucional, por exemplo. Ela procuraria justificar a validade do silogismo jurídico, estabelecendo a premissa maior (proposição jurídica), a premissa menor (fatos) e a conclusão (norma). Vale destacar que a justificar interna não estaria limitada à demonstração somente das preposições jurídicas textualmente presentes na constituição (ou lei), mas também serviria para indicar a ligação entre uma possível norma de direito fundamental atribuída (ou lei de colisão, como resultado da ponderação), o caso concreto e a conclusão normativa (ALEXY, 2005, p. 218-219).

Portanto, as regras de justificação interna serviriam para explicitar como que o enunciado jurídico, o texto ou a interpretação atribuídos a ele estariam conectados aos fatos e à conclusão.

As principais regras que orientariam a justificação interna envolveriam a necessidade de fundamentação da decisão (interpretação) a partir de uma norma de cunho universal, apresentando, passo a passo, as cadeias de preposições que ligam a decisão à norma. Assim, a justificação interna teria a sua qualidade vinculada à indicação do maior número de preposições intermediárias entre a norma universal utilizada como premissa inicial e a conclusão (ALEXY, 2005, p. 219).

A racionalidade exigida pelas regras de justificação interna permitiria apresentar de que forma a norma jurídica de cunho universal, como proposição jurídica ou sua interpretação, se tornaria, paulatinamente, concreta até corresponder às condições fáticas do caso concreto. Nesse procedimento de justificação interna, não teria importância se a premissa maior fosse obtida no direito positivo (texto) ou derivaria da construção do intérprete (ALEXY, 2005, p. 224), no caso da norma atribuída ou lei de colisão. A escolha

da premissa maior transcenderia o objetivo da justificação interna, sendo objeto de indagação pela justificação externa.

Especula-se, portanto, a existência de conexão entre as duas formas de justificação indicadas por Alexy. O procedimento de justificação da interpretação jurídica poderia ser classificado em duas etapas distintas, mas interligadas: primeiro, o intérprete deveria esforçar-se para expor todas as preposições intermediárias envolvidas entre a premissa maior e a conclusão, tarefa da justificação interna; depois, na segunda etapa, o intérprete deveria apresentar a fundamentação da escolha das premissas maiores, como objetivo da justificação externa (ALEXY, 2005, p. 224).

A fundamentação da aplicação dessa regra específica ao caso concreto seria objeto da justificação interna. O problema residual diz respeito à necessidade de justificação da própria regra obtida. Ou seja: como se justificaria a norma de direito fundamental atribuída ou a lei de colisão em si? Para responder esta questão, precisamente, é que serviria a justificação externa.

Na verdade, Alexy crê que a justificação externa deve fundamentar a escolha da premissa inicial, admitindo que esta seja proveniente do direito positivo (proposição jurídica textual), de enunciados empíricos ou outros (ALEXY, 2005, p. 226). Tudo indica que, quando Alexy assinala outra premissa possível além do direito positivado e dos enunciados empíricos, ele estaria se referindo à norma de direito fundamental atribuída ou à lei de colisão.

Para Alexy, a justificação externa faria referência a diversos elementos que poderiam fundamentar a utilização de determinada premissa. No sistema jurídico romano-germânico, a principal forma de fundamentar a utilização de determinada premissa estaria na sua indicação como texto positivado legislativamente. Além do texto legal, Alexy afirma que os precedentes também seriam razões que sustentariam a adoção das premissas maiores à justificação interna (ALEXY, 2005, p. 264-267). Aqui, vale lembrar a noção que Alexy desenvolve acerca da substancialidade do sistema jurídico e a sua tese da conexão entre o direito e a moral.

O que se quer dizer é que os precedentes servem para indicar uma ordem objetiva relativa entre critérios de valoração (princípios jurídicos ou valores) que deveriam ser tomados como razões que fundamentariam cada decisão. Nesse caso, especula-se que o precedente, como construção adjudicatória que expressa a lei de colisão, estipulando determinada regra condicionada de relação entre princípios, deveria ser posteriormente compreendido como organização objetiva de valores do sistema jurídico.

Alexy, ainda, vai indicar a existência de outros elementos de justificação externa, como a razão, a experiência ou os argumentos jurídicos especiais (ALEXY, 2005, p. 226), o que, diante da limitação estabelecida pelo discurso jurídico (lei, dogmática e precedentes), parece ter uma função secundária no procedimento de fundamentação, considerando-se, principalmente, a atribuição que o autor confere à argumentação prática geral.

Logo, as regras jurídicas e os princípios jurídicos, bem como as leis de colisões representadas em precedentes, não possuiriam a capacidade de abarcar todos os casos

possíveis. Seria o direito, conforme pretende Alexy, um sistema valorativamente aberto (ALEXY, 2010a, p. 27). É nessa hipótese que o procedimento decisório instituído pelo sistema jurídico seria o âmbito pelo qual valorações adicionais seriam incorporadas, cuja validade estaria condicionada à possibilidade de controle racional dos juízos de valor por intermédio da sua fundamentabilidade (ALEXY, 2010b, p. 174).

De uma maneira geral, os elementos de justificação externa forneceriam um código da razão jurídica, mas não seriam critérios últimos para fundamentação das premissas utilizadas nas decisões. Isso porque, mesmo havendo limitações substanciais impostas pelos elementos de justificação externa até então vistos - especificamente a argumentação prática geral como discurso prático geral -, seria o discurso prático geral responsável por organizar a relação entre os demais elementos de justificação externa, estabelecendo a relação hierárquica entre eles (ALEXY, 2005, p. 243), o que poderia envolver a indicação de premissas adicionais ainda não contempladas (ALEXY, 2005, p. 274).

O envolvimento de premissas adicionais exigiria um ato de valoração do intérprete. É por isso que Alexy vai referir que a lei de colisão implica um ato de valoração que estipula qual princípio jurídico deve prevalecer, naquelas condições, sobre outro. Esse juízo valorativo seria algo ínsito ao próprio sistema jurídico.

Não é à toa que Alexy alega que o sistema jurídico orientado à razão prática, voltado a estabelecer o que é obrigado, proibido ou permitido, exigiria um modelo do tipo regra/princípios/procedimento (ALEXY, 2010b, p. 173): embora fosse viável construir uma "ordem mole" de valores objetivos do sistema jurídico (ALEXY, 2005, p. 171-172), sempre seria possível, diante de um caso concreto, colocar a organização do sistema jurídico contra o seu limite. Caso isso ocorresse, somente o procedimento poderia orientar o embate discursivo para conformação da decisão.

Considerações finais

Procurando responder sobre a legitimidade das decisões que adotam normas não previstas expressamente no texto constitucional, ou implícitas às suas expressões, Alexy formula um arcabouço teórico que interliga a noção dos princípios à argumentação jurídica. Sendo os princípios critérios valorativos cuja ordem deve ser otimizada, surge para o jurista a necessidade de harmonizar diferentes comandos conflitantes, criando, para tanto, a regra de precedência condicionada aos limites jurídicos e fáticos de determinado caso concreto.

As preposições jurídicas que estabelecem regras condicionais de precedência de um princípio sobre outro devem apresentar fundamentação racional para satisfazer a pretensão de correção. Seria mediante a pretensão de correção exercida na produção e refutação de argumentos, num dado procedimento judicial específico, que o direito se qualificaria moralmente e integraria o discurso prático geral ao discurso jurídico institucionalizado.

Assim, a decisão que ponderaria princípios jurídicos poderia ser considerada como legítima desde que pudesse ser racionalmente fundamentada, o que, para Robert

Alexy, dar-se-ia pela ação humana discursiva. Nesse sentido, procura o autor apresentar a *Teoria da Argumentação Jurídica* como indicação da forma que se poderia fundamentar discursivamente a decisão, valendo-se da integração de etapas de justificação interna e externa.

Vale dizer, em síntese, que a teoria formulada pelo autor serve de modelo para se *pensar* a respeito da necessidade da devida fundamentação das decisões judiciais, conforme exige expressamente a Constituição brasileira de 1988.

BALANCING, CORRECTNESS PRETENTION AND REASONING: THE ROBERT ALEXY MODEL TO ADJUDICATION'S RATIONAL FOUNDATION

ABSTRACT: The present article has as main objective to establish the existent correlation in Robert Alexy's theoretical development as the consideration of legal principles as methodology of adjudication and its rational foundation. In fact, as primordial, to recognize the correction pretension as own category to establish the integration among the adjudication and reasoning. The justification of the study is because the progressive recognition of the influence of the Fundamental Rights in the legal system, tends as effect, the hypothesis of collision of legal principles, what would involve the need of balancing. This essay is supported in bibliographical research about Robert Alexy, it is assumed that the correction pretension is key concept to understand the close relationship among the distinction structural proposal between rules and legal principles, with the capacity of rational foundation of the adjudication.

KEYWORDS: Theory of Fundamental Rights. Rules and Principles. Balancing and Legal Reasoning.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. A análise lógica de decisões jurídicas. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a. p. 17-45.

_____. Sistema jurídico e razão prática. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b. p. 162-175.

_____. Interpretação jurídica. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010c. p. 61-76.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008a.

_____. En torno al concepto y la naturaleza del derecho. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Filosofía y Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2008b.

_____. La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Filosofía y Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2008c. p. 51-72.

_____. A fórmula de peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a. p. 131-153.

ALEXY, Robert. Institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b. p. 19-40.

_____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007c. p. 155-166.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13. n. 3. set 2000. p. 294-304. Disponível em: <[http://onlinelibrary.wiley.com/journal/10.1111/\(ISSN\)1467-9337](http://onlinelibrary.wiley.com/journal/10.1111/(ISSN)1467-9337)>. Acesso em: 15 maio 2012.

_____. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a formula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional: Temas da teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 257-303.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.