



A teoria da decisão judicial a partir do debate jusfilosófico de Dworkin e Habermas

The judgement theory based on a jus-philosophical debate by Dworkin and Habermas

Eduardo Vieira dos Santos*

Felipe Rodolfo de Carvalho**

REFERÊNCIA

SANTOS, Eduardo Vieira dos; CARVALHO, Felipe Rodolfo de. A teoria da decisão judicial a partir do debate jusfilosófico de Dworkin e Habermas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 52, p. 154-186, ago. 2023. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.124204>.

RESUMO

A proposta deste trabalho está voltada ao diálogo das propostas voltadas a debater uma teoria da decisão mais adequada aos sistemas jurídicos, que permita refletir a respeito do modo como os juízes decidem. Não por outra razão, a análise contará com um debate jusfilosófico dentro de uma perspectiva substancialista e procedimentalista que consigam fornecer substrato suficiente para o desiderato aqui proposto. Deste modo, é a partir das formulações do norte-americano Ronald Dworkin, bem como as concepções filosóficas que ele procurou debater que surge a questão trazida, notadamente por força da teoria da decisão correta. Com o objetivo de proporcionar um incremento às suas ideias e por meio de um raciocínio dialético, num segundo momento, a Filosofia da Ação Comunicativa, de Jürgen Habermas, aparecerá para dar uma perspectiva procedimental à teoria da decisão judicial e se opor a algumas teses de Dworkin, o que possibilitará a defesa de que a melhor resposta judicial virá de uma sobreposição entre as propostas dos mencionados autores.

PALAVRAS-CHAVE

Decisão judicial; Ronald Dworkin; Jürgen Habermas.

* Formado em Direito na Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Campus do Araguaia II. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Arnaldo Janssen. Pós-graduando em Teoria do Direito, Hermenêutica e Dogmática Crítica pela Associação Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST).

** Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (2013). Realizou intercâmbio na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa (2011/2012). É especialista em Direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso (2014). Possui doutorado direto em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, onde exerceu estágio docente na disciplina de Introdução ao Estudo do Direito de 2015 a 2017. É membro efetivo da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos - ReBEDH, do Centro Brasileiro de Estudos Levinasianos - CEBEL e do Instituto Histórico e Geográfico de Mato Grosso - IHGMT. Autor de palestras e comunicações, apresenta publicações em livros, revistas, periódicos e jornais. Atualmente, é Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMT, atuando na Graduação e no Mestrado. Exerceu a função de Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMT (2021-2023). Desenvolve pesquisa em Filosofia dos Direitos Humanos e Ética da Vulnerabilidade. É líder do Terceira Margem - Grupo de Pesquisa em Filosofia, Literatura e Direitos Humanos (UFMT). Coordena a Liga Acadêmica de Minorias e Direitos da Faculdade de Direito da UFMT - LAMIND. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, Direitos Humanos, Ética, Direito e Literatura e Teoria Geral do Direito. Publicou, em 2021, a obra "Outramente: o direito interpelado pelo rosto do Outro".



**ABSTRACT**

The purpose of this work is focused on the the dialogue of proposals aimed at debating a theory of decision that is more appropriate to legal systems, which allows reflection on the way in which judges decide. For no other reason, the analysis will have a legal-philosophical debate within a substantialist and proceduralist perspective that can provide sufficient substrate for the desideratum proposed here. Thus, it is from the formulations of the North American Ronald Dworkin, as well as the philosophical conceptions that he sought to discuss, that the question raised arises, notably by virtue of the theory of the correct decision. With the objective of providing an increment to his ideas and through a dialectical reasoning, in a second moment, the Philosophy of Communicative Action, by Jürgen Habermas, will appear to give a procedural perspective to the theory of judicial decision and to oppose some theses of Dworkin, which will enable the defense that the best judicial response will come from an overlap between the proposals of the aforementioned authors.

KEYWORDS

Judicial decision; Ronald Dworkin; Jürgen Habermas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Ronald Dworkin e a decisão judicial. 2.1. O mito de Hércules e a idealização do trabalho de um juiz. 2.2. O sistema jurídico a partir do princípio da integridade e a elaboração do romance em cadeia. 2.3. A tese da resposta correta para controvérsias jurídicas. 2.4. A antecipação de conceitos em Dworkin: os problemas na distinção entre casos difíceis e fáceis. 3. Teoria Discursiva de Jürgen Habermas: a resposta correta visualizada a partir de uma perspectiva argumentativa. 3.1 A racionalidade argumentativa em Jürgen Habermas e a Teoria do Agir Comunicativo. 3.2 A decisão judicial para a teoria discursiva habermasiana. 4. A defesa de Dworkin às críticas lançadas por Habermas. 5. A ausência da abordagem procedimental em Dworkin. 6. Conclusão. Referências. Dados da publicação.

1 INTRODUÇÃO

Talvez um dos maiores problemas do ser humano está no ato de julgar, pois sempre voltado apenas às suas concepções próprias, advindas de sentimentos pessoais do meio em que está inserido. É interessante, pois, que não sabe agir sem julgar, mesmo que intimamente, os fenômenos sociais, por estar sendo constantemente influenciado por conceitos prévios acerca de determinada matéria, por isto o faz muito mal. Nestas razões, comumente compreende-se que o juízo deverá estar ligado à ideia de um processo, o que remete que o indivíduo procede ou deve proceder de alguma forma, de modo que com ele seria possível ao menos agir com prudência e realizar uma avaliação racional¹.

Com o fito de conseguir trabalhar com os julgamentos do ser humano sobre os fenômenos, exsurge a necessidade de nos debruçarmos sobre a filosofia, pois é a partir dela que estas reflexões começam. Esta questão consegue ser mais bem visualizada quando verificamos que a sociedade contemporânea é marcada por constantes conflitos, ocorridos em

¹ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Tradução: Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: PILLARES, 2015, p. 20.





razão de uma miríade de fatores (ex: concentração de riquezas, escassez de recursos, ineficiência estatal em respeitar os direitos dos cidadãos), o que faz com que o direito apareça como um meio para fornecer respostas para estas celeumas por meio de um ordenamento jurídico. É neste contexto que cabe preponderantemente ao Poder Judiciário o dever de proferir julgamentos mais racionais às realidades sociais que rogam pelo cumprimento dos direitos básicos garantidos aos indivíduos.

A legislação, neste sentido, torna-se o meio de regular a atividade dos indivíduos e fornecer meios de solver desavenças. No entanto, é possível visualizar que textos não são absolutos, não abarcam todas as situações possíveis de ser enfrentadas pelo ser humano e, da mesma forma, fornecem, a partir de infinitas operações linguísticas, interpretações distintas acerca do seu teor. São por tais razões que é necessário compreender que o direito não pode se tornar aquilo que os julgadores dizem que é ou ser permitido que o intérprete projete sentidos que lhe convêm, hipótese que implicará em um exercício arbitrário por aqueles dotados de notável poder estatal.

Vislumbrando os problemas da discricionariedade no ato decisório, notadamente o disparate que sua adoção pode ser visualizada contra as premissas básicas de um Estado Democrático de Direito, que o trabalho de Ronald Dworkin é abordado. A obra deste autor passou a ser revista hodiernamente pela doutrina brasileira, sobretudo com a famigerada discussão com Herbert Hart e a sua contribuição para a superação de modelos positivistas. É preciso, no entanto, ter cuidado para não cair na tentação de um pensamento acrítico, que seja capitulado à eloquência do autor, pois sua abordagem necessita ser exposta com prudência, sobretudo quando se busca incorporá-la à legislação.

Com a filosofia dworkiniana, afastamos a ideia de julgamentos silogísticos, reconhecendo que há uma subjetividade presente no cenário jurídico, mas que sua realização poderá, como elaborado por Habermas, ser mitigada apenas a partir de critérios discursivos. Agora, não podemos admitir que seja outorgado aos juízes o poder de decidirem livremente para interpretarem as fontes jurídicas da maneira como bem entenderem, atribuindo sentidos sem critérios.

Estas são as razões pelas quais o procedimento, tal qual colocado por Habermas, se torna um meio de mitigar atos arbitrários e funcionalizar a atuação jurisdicional na pacificação de conflitos, pois remete a um meio próprio de julgar, com critérios previamente estipulados. É neste cenário que o presente trabalho se vale do método dialético, de modo que





busca confrontar as principais formulações de Dworkin e o contraponto fornecido por Habermas na elaboração de uma teoria da decisão.

2 RONALD DWORKIN E A DECISÃO JUDICIAL

Ao revisitar a literatura jurídica sobre a temática da decisão judicial, é difícil deixar de abordar o pensamento do autor norte-americano Ronald Dworkin, pois aparece com especial destaque por realizar críticas contundentes a um modelo (positivista). A sua teoria chama atenção pelo fato de se mostrar uma idealização, *a priori*, muito longe da realidade, pois é notório que há constantes discrepâncias acerca das interpretações, sobretudo no contexto jurídico, que podem resultar em diferentes respostas judiciais. Todavia, as razões desta sua abordagem merecem ser destrinchadas e bem expostas no sentido de conseguir extrair como pode contribuir para o desenvolvimento das ciências jurídicas, notadamente no que diz respeito ao fornecimento de melhores decisões judiciais para a sociedade.

As propostas do autor norte-americano, longe de se mostrarem isentas de críticas e acepções sem um filtro dialético com outras abordagens, mostram-se pertinentes justamente por imprimir uma nova perspectiva para o discurso jurídico. Com as suas teorias, houve maior atenção em buscar examinar como os juízes, de fato, decidem e como deveriam fazê-lo sob um olhar democrático, notadamente quando inseridos em uma sociedade complexa, que exige maior compreensão do trabalho judicial e segurança jurídica. Sempre preocupado com esta prestação jurisdicional, Dworkin trabalha com conceitos similares à equidade para as decisões judiciais, propondo que o direito deve ser visto a partir da integridade, o que, longe de estabelecer uma retórica apenas moralista, funcionaliza a prestação da tutela jurisdicional como algo mais bem trabalhado e preza que a justiça seja mais visualizada na atuação dos tribunais.

Além do debate com a proposta difundida pelo positivismo jurídico, Ronald Dworkin desenvolve uma teoria do direito voltada à postura dos julgadores e com as decisões judiciais, se valendo da cisão entre os casos fáceis e difíceis, proposta por Hart. Objetivando explicar suas formulações, o autor norte-americano se vale de metáforas para que sejam identificadas posturas e conceitos equiparáveis às ciências jurídicas. Este meio de argumentação, como bem explica Lênio Streck, decorre do fato de que metáforas existem porque se acredita que determinado fenômeno poderá ser mais bem explicado a partir de um outro fenômeno já compreendido, isto é, deverá ser entendida como a possibilidade, a partir da diferença





ontológica, de “ligar significantes e significados”².

No decorrer de suas obras, Dworkin confronta diversas teses contrapostas e críticas formuladas após as suas primeiras publicações, donde se nota que buscou desde o início dos seus escritos dialogar com as propostas difundidas na época, distanciando-se das correntes dominantes, sobretudo o positivismo. Por isto, ao utilizar metáforas para explicar estes fenômenos jurídicos ainda não consolidados, gerou inúmeras controvérsias e críticas incoerentes, ou mal compreendidas, a respeito do que buscava afirmar.

Talvez uma das mais debatidas até os dias atuais seja a tese da resposta correta, principal preocupação deste trabalho, pois é a partir da compreensão do “juiz Hércules” e o “romance em cadeia” que se poderia alcançar uma decisão correta, tal como ela é para Dworkin. Independentemente da eventual falibilidade de suas teorias para a aplicação prática nas ciências jurídicas, não se pode ignorar que criticou veementemente a discricionariedade e atitudes arbitrárias de julgadores, mau vezo este que pode ser facilmente identificado nas casas judiciais brasileiras, cujas decisões extirpam o exercício interpretacionista e conseguem ilustrar sua acertada preocupação com as discordâncias de juristas.

2.1 O MITO DE HÉRCULES E A IDEALIZAÇÃO DO TRABALHO DE UM JUIZ

Dworkin propõe um juiz metafórico, alcunhado de Hércules, cuja preocupação inicial seria realizar uma “ponte” entre as intenções das leis e os princípios que subjazem às regras positivas do direito. Para este seu trabalho, necessário contar com uma justificação política da doutrina, segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira³.

Hércules seria um juiz-filósofo de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas que desenvolveria uma teoria da Constituição e aceitaria o poder geral das regras incontroversas. Compreenderia que, enquanto os legisladores têm o poder geral de criar as regras, os juízes possuem o dever geral de seguir estas disposições legais e as decisões anteriores de seu tribunal. Desta maneira, Hércules não se ocuparia da criação do direito, mas em encontrar os princípios aplicáveis que o compõem e justifiquem a história institucional em

² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 419.

³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 165.





que está situado⁴.

Veja-se que o “método” de Hércules é criado para dizer a respeito de um modelo ideal de julgador que consiga extrair dos casos em análise os princípios que melhor correspondem ao caso, bem como realizar uma leitura principiológica das decisões pretéritas dos tribunais. Afinal, como adverte Ronaldo Porto⁵, Hércules não é um Deus, mas um semideus, de modo que, mesmo os demais juízes não sejam tão poderosos, poderão imitá-lo para excluir ou expandir a sua atividade interpretativa sobre a interpretação que bem se ajusta ao caso.

Outro ponto interessante da percepção dworkiniana é a de que Hércules não deveria realizar apenas uma escolha discricionária do conteúdo do direito, o que inegavelmente seria apenas uma questão de preferência política, mas sim, uma revisitação dos precedentes e a identificação de argumentos de princípios. Exatamente por meio desta atividade, o julgador obteria meios para dar sentido às regras e resolver o problema da indeterminabilidade ao fundamentar suas decisões, conforme explica Marin e Ramos Neto:

Ronald Dworkin propõe, e para isso também se vale da metáfora de Hércules, a necessidade de construção de uma teoria constitucional que dê conta da globalidade do sistema de regras que se tornam coerentes a partir de um ‘conjunto complexo de princípios’, aptos a justificar e a dar sentido às regras, sendo que o problema da indeterminabilidade é resolvido por princípios a que os tribunais recorrem para fundamentar suas decisões⁶.

Percebe-se que, por meio da construção do juiz Hércules, buscou Dworkin voltar-se à decisão judicial como fruto do trabalho de um personagem (juiz). Ao julgador, seria atribuído o encargo de revisar a literatura jurídica e construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente aos “precedentes costumeiros” e,

⁴ Para o autor norte-americano o poder legislativo não é obrigado de ajustar-se às diretrizes de qualquer política em particular, de modo que é permitido que “Hércules afirme que o poder legislativo estendeu uma política até os limites permitidos pela linguagem de que fez uso. No entanto, Hércules não supõe que o poder legislativo tenha estendido esta política até um ponto ulterior indeterminado, além desse limite” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 171).

⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *A Integridade no Direito e os Protocolos de Hércules: comentário à integridade no Direito (Império do Direito – Capítulo VII)*. v. 10, n. 2, 2016, p. 89.

⁶ MARIN, Jeferson Dyts; RAMOS NETO, Nelson Gularte. O direito como integridade, a coerência e a responsabilidade política: os alicerces da teoria dworkiniana da decisão. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 5, n. 1, 2019, p. 1064-1065.





por conseguinte, fundamentar as disposições constitucionais e legislativas⁷.

2.2 O SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE E A ELABORAÇÃO DO ROMANCE EM CADEIA

Dworkin, preocupado em entender as divergências e como podem os julgadores decidirem, também admite que nunca foi alcançada uma fórmula única para os julgamentos, mas defende que é possível identificar más decisões presentes em argumentos e convicções ruins. Por isto, aduz que haveria um princípio universal contido no próprio conceito do direito, que todos os juízes devem aceitar: a integridade⁸.

Concebida como uma virtude, assim como a equidade e a justiça, a integridade se refere ao compromisso de atuação em conformidade com padrões. Dworkin estabelece uma distinção entre duas formas de integridade: a) legislativa: funciona para restringir a atuação dos legisladores na criação de novos direitos, que, não obstante imbuídos de vertentes políticas divergentes, são obrigados a observarem os princípios fundamentais que estruturam o direito; e b) jurídica: sustenta que os juízes utilizem argumentos principiológicos que não ignorem a atividade interpretativa da história institucional em que estão inseridos, de modo que as decisões judiciais sejam introduzidas em uma teoria abrangente compatíveis com as anteriores⁹. De mais a mais, tem-se que o objetivo principal da integridade em quaisquer das áreas é voltada a coibir práticas arbitrárias, insistindo que a justiça aceite uma restrição independente e superior.

Dworkin, na busca de formular a melhor teoria possível para uma decisão judicial, esforçou-se em defender uma parcela de objetividade no direito, o que seria perfectibilizado por meio de um tratamento igualitário nas decisões judiciais. Assim, sustenta que deveria haver uma coerência entre os julgamentos, isto é, uma consistência lógica oriunda das semelhanças que os casos possuem entre si. Por outro lado, o apego às jurisprudências pretéritas ou às demais fontes do direito não deve ser o suficiente para o sistema jurídico, razão pela qual o conceito de integridade deverá estar atrelado a uma valoração interpretativa

⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 182.

⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 133.

⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 265.





lançada pelos juízes ao decidirem os próximos casos. Nas palavras do autor norte-americano:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado¹⁰.

No desenvolvimento desta sua teoria, realiza uma comparação entre literatura e o Direito, apresentando este como uma ideia de romance em cadeia. A analogia com o gênero literário diz respeito à noção de que cada autor deve escrever um novo capítulo, mas com a compreensão que está inserido num único romance, o que impõe a todos a dupla responsabilidade de interpretar e criar. Por isto, deve decidir como os personagens são “realmente”, os motivos que os orientam e qual o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, de modo que este recurso não esteja subordinado apenas à intenção de um romancista¹¹.

Assim, caberia a cada juiz se situar no romance em que está inserido e não deixar de observar aquilo que foi decidido anteriormente. No fundo, a tese esgrimida pelo autor norte-americano representa que, ao mesmo tempo em que os juízes possuem responsabilidade política pela sua atuação, devendo agir de forma bem articulada com sua história institucional (ou o romance em cadeia), as partes teriam o direito à melhor resposta oriunda desta interpretação, não aquela advinda de juízos discricionários. Aliás, atos discricionários proporcionariam posições arbitrárias, situação que deslegitimaria a atividade judicial, motivo pelo qual a integridade coloca limites à subjetividade do juiz e fornece um grau de objetividade às ciências jurídicas. Para melhor ilustrar sua construção, interessante a explicação de Motta:

Atentemos para o fato de que, na metáfora do romance em cadeia, o romancista continua o romance, ao invés de inaugurar um novo livro. O juiz é um romancista na cadeia, alguém que conserva a história institucional do Direito, ao mesmo tempo em que tenta dar, a esta, a melhor interpretação possível para o futuro (a que melhor realize os valores que representam a intencionalidade daquela prática). Aliás,

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 274.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 236-237





Dworkin dá razão a Gadamer quando este apresenta ‘a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo em que luta contra elas’¹².

Com estas premissas, é possível identificar em seus estudos que o juiz ideal (Hércules) conseguiria realizar esta interpretação construtiva, lançando-se sobre a história deste romance e buscando uma interação entre adequação e justificação do discurso jurídico. Ora, apesar de propor uma decisão judicial que possa, de fato, ser identificada dentro de todo um sistema único, coerente e íntegro, ainda é controverso o meio pelo qual ocorrerá a identificação do momento adequado para a escrita de cada novo capítulo do romance, pois restam dúvidas se advém apenas dos *hard cases*. Além disso, temos que acrescentar que por estarmos inseridos em uma sociedade pluralista, haveria uma miríade de interpretações divergentes acerca das proposições jurídicas, o que pode formar um empecilho para a coerência projetada pelo autor norte-americano.

Estas questões, apesar de preocupantes, são tratadas parcialmente por Dworkin. Em seus trabalhos defende que, de fato, a divergência estará presente no cenário jurídico, mas o que deveria ocorrer é a mitigação de discricionariedades e a concretização de virtudes como a integridade, justiça e equidade. Afinal, o âmago da proposta da integridade não é a uniformidade das decisões, mas servir como um princípio, pois não somos governados por uma lista de direitos e deveres, mas por ideais, o que significa que a controvérsia é, e continuará sendo, essencial à sociedade¹³.

2.3 A TESE DA RESPOSTA CORRETA PARA CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS

Encampano as premissas teóricas trabalhadas alhures, é possível notar que Ronald Dworkin concebe a decisão judicial como fruto de um trabalho (hercúleo) do juiz. O magistrado, ao perscrutar os julgados que constituem os direitos das partes, bem como avaliando racionalmente o que está sendo analisado, descobrirá, por meio de uma interpretação construtivista, o melhor direito que assiste às partes. Com efeito, este ato decisório apenas será possível a partir de uma interpretação construtivista, cujo principal objetivo é o de escrever um novo capítulo ou aprimorar aquilo que já foi decidido pelos

¹² MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 257.

¹³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 133.





demais juízes no caso passado.

São por estas razões que Dworkin acredita que o direito não pode ser concebido como um fenômeno que autorize juízos discricionários e que haja uma disparidade entre as decisões, de tal sorte que esta aceitação seria uma afronta ao princípio da igualdade. Neste sentido, defende a necessidade de buscarmos uma maior objetividade no cenário jurídico, de forma que haja decisões que reflitam os preceitos difundidos na sociedade, guiadas por princípios. Afinal, se não existissem respostas certas às controvérsias, incorreríamos em um sério problema de indeterminação da teoria moral que permeia o direito¹⁴.

Ronaldo Porto escreve como a tese da resposta correta dependerá da concepção interpretativa trabalhada pelo operador, de modo que possa valorizar mais a objetividade nas ciências jurídicas:

A tese da resposta certa, conforme se procurará demonstrar, está na base de uma concepção interpretativa da verdade e da objetividade, segundo a qual afirmar a objetividade de uma proposição significa reconhecer que ela está justificada pelos melhores argumentos disponíveis. Tal afirmação, longe de significar a existência de um critério de objetividade, aponta para o único sentido inteligível de objetividade cabível nesse contexto argumentativo. Em outras palavras, no jogo de linguagem da objetividade que define o nosso uso significativo do uso conceito de objetividade, o funcionamento da linguagem não pode ser caracterizado por um olhar de fora, ‘a partir de lugar nenhum’ (na feliz expressão de Thomas Nagel), ou a partir de uma concepção fisicalista da verdade. Ao contrário, a objetividade jurídica, ou, ainda, a ‘objetividade possível’ – porquanto outras concepções seriam contrassensos -, é aquela que se regula pelo jogo de linguagem do direito. Explicá-lo é precondição para a compreensão de Dworkin¹⁵.

Neste debate, é possível antever a tese da resposta correta, assim como o juiz Hércules, certamente como uma metáfora, em que incumbiria ao julgador proferir a melhor decisão possível, situada dentro de um cenário jurídico compatível com aquilo que vem sendo produzido. Ela se refere então ao dever do juiz de encontrar não a resposta que ele considera adequada ao caso concreto, mas a resposta universal do Estado à demanda que lhe foi apresentada.

Lembremos que Dworkin se preocupava muito com o positivismo e a discricionariedade no cenário jurídico. Por isto, não poderia ser concebido que houvesse uma abertura interpretativa, outorgando aos juízes poderes de decidirem demandas da maneira

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 215.

¹⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.





como bem entendessem, daí para alcinhar uma resposta como correta, necessário que ela consiga refletir algo que vem sendo construído sistematicamente, não só pela compreensão de um juiz.

Dentro desta perspectiva, temos certo que o direito dependerá de uma constante interpretação acerca das proposições, o que, por consectário, implica na existência de concepções distintas acerca de uma mesma questão. O que importará, neste plano, é que as respostas fornecidas sejam construídas a partir do mesmo debate, isto é, do compartilhamento das mesmas práticas, mesmo que sua aplicação seja distinta. De forma similar, Streck explica que a resposta correta não reside no juiz/intérprete do esquema sujeito/objeto, mas sim na relação de intersubjetividade (sujeito-sujeito), atribuindo o cerne da questão não a quem dá a resposta correta, mas como esta se dá¹⁶.

Por meio destas ideias, a resposta correta é construída por meio de um processo interpretativo que permita que a decisão judicial esteja inserida em conformidade com os precedentes, bem como proferida à luz dos melhores princípios que reflitam a questão debatida. Deste modo, as proposições jurídicas expostas em eventual decisão combinarão elementos de descrição, quanto da valoração da história jurídica que envolve o cenário para a decisão judicial¹⁷. Assim, é necessário perceber que, ao contrário daqueles que defendem que não é possível afirmar que haverá argumentos melhores ou piores a respeito do direito, existirão restrições interpretativas e critérios na elaboração e respostas jurídicas que, uma vez obedecidos, possibilitarão identificar uma decisão correta.

2.4 A ANTECIPAÇÃO DE CONCEITOS EM DWORKIN: OS PROBLEMAS NA DISTINÇÃO ENTRE CASOS DIFÍCEIS E FÁCEIS

Apresentada a crítica de Dworkin ao positivismo hartiano, é importante notar que a formulação da tese da resposta correta tem seus alicerces na concepção de casos difíceis, trabalhados inicialmente por Herbert Hart ao defender que nestas hipóteses haveria uma

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 417.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 219.





atuação discricionária¹⁸. A problematização de sua proposta, portanto, advém de compreender que nos *hard cases*, entendidos não apenas como situações em que os participantes possuem difícil entendimento a respeito do direito assistido, mas, como afirma Adrian Sgarbi, em que haja peculiaridades dos fatos apresentados que suscitem dúvidas sobre o sentido de uma norma¹⁹. Para tanto, Dworkin, assim como Habermas, considera que poderão ser resolvidos a partir de princípios não encontrados no plano da aplicação, mas extraídos de uma história jurídica no plano discursivo²⁰.

É certo que a teoria dos direitos do autor norte-americano é voltada para analisar casos difíceis, pois aos fáceis não é necessário um esforço hercúleo do julgador para a sua solução. No entanto, não se pode cair na tentação de um raciocínio simplório e perfunctório em que não haveria uma teoria do direito para os *easy cases*, tampouco que meras operações exegética-subsumtivas serão suficientes para resolver problemas jurídicos. A premissa de que, na hipótese de que o tribunal ou a lei disponha expressamente acerca de situações jurídicas, seja extirpado qualquer exercício interpretacionista do julgador é talvez uma das maiores retóricas falaciosas que poderiam ser propaladas no universo jurídico.

Verticalizando esta afirmação, é preciso ter fina sensibilidade para perceber que, em verdade, a distinção de casos fáceis e difíceis é um exercício interpretativo, que pode ser realizado de forma discricionária pelo julgador ou até mesmo fornecer o empobrecimento do discurso jurídico. Deste último ponto revela-se um dos maiores problemas desta cisão, porquanto o julgador ainda está incumbido de realizar a melhor interpretação da lei, bem como deverão ser observadas as orientações pretéritas nos tribunais em conjunto com os princípios que orientam a aplicação. Portanto, apesar de haver situações que, de fato, denotam maior simplicidade para solucionar, não é possível abandonar os recursos interpretativos, o que redundaria num discurso antecipador de sentidos, pois estariam sendo admitidos resultados prontos para casos vindouros.

Assim, não se pode negar que haveria casos que não necessitam de um extenso debate acerca da melhor resposta que assiste às partes, mas é imprescindível que uma decisão atenda, no mínimo, requisitos básicos, seja qual for a demanda, não olvidando que *easy cases*

¹⁸ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 352.

¹⁹ SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.165.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 332.





poderiam se revelar para a construção de novas teses. Em outras palavras, o problema desta cisão, ou a formulação de uma teoria com estas premissas, como foi realizado por Dworkin, está no fato de que é impossível uma institucionalização de casos fáceis e difíceis, notadamente por não se tratar de uma escolha realizada pelo intérprete²¹. Pelo contrário, a busca por soluções a controvérsias jurídicas não pode admitir respostas prontas para casos próximos, de tal sorte que inexistem regras ou precedentes que consigam reger integralmente as controvérsias.

3 TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS: A RESPOSTA CORRETA VISUALIZADA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ARGUMENTATIVA

A realização de julgamentos a partir do compartilhamento dos mesmos critérios para o seu desenvolvimento é, inegavelmente, uma condição de possibilidade do discurso. Destarte, outro fator que aqueles que atuam nas ciências jurídicas não podem deixar de examinar diz respeito ao papel da linguagem, à atitude comunicativa e sua interpretação no direito.

Não por outra razão, além da identificação da atuação dos juízes ao proferir decisões, necessário lançar-nos sobre o modo de externar decisões judiciais, isto é, a justificação das respostas apresentadas. A ausência do fornecimento de um procedimento capaz de representar adequadamente uma fundamentação é, nas palavras de Manuel Atienza²², um dos maiores defeitos da teoria padrão da argumentação jurídica, por isto defende (corretamente) que deveria haver a formulação de um raciocínio preocupado com a correção da argumentação. Esta premissa permite aferir o aspecto da comunicação dentro do contexto jurídico e a sua importância de fixar procedimentos que colaborem para a legitimação da atuação judiciária.

Apesar da aproximação, cabe uma rápida digressão no que diz respeito às diferentes abordagens da teoria discursiva. Robert Alexy²³, ao conceituar os discursos com função dúplici (comprovar a verdade e corrigir proposições), expõe uma distinção de abordagem, podendo uma teoria do discurso ser: a) empírica, em que explica que ocorrerá uma correlação

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 335.

²² ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 216.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 161.





entre os efeitos os grupos de falantes e o seu emprego; b) analítica, cuja análise lastreia-se na estrutura lógica dos argumentos utilizados e possíveis; e c) normativa, estribada na necessidade de estabelecer critérios para a racionalidade do discurso.

Assim sendo, respostas para controvérsias deverão buscar fundamentos sobre um procedimento que possua elementos similares para o trabalho do judiciário. Exatamente por isto, uma vez que a discussão jurídica partirá de convicções normativas, “pré-conceitos” ou tradições em que cada integrante está situado, as teorias discursivas poderão fornecer um processo para a sua elaboração racional. Este trabalho colabora, portanto, para uma correção das decisões e na fixação de limites da atuação do intérprete defronte a um ordenamento jurídico marcado por vaguezas e aberturas textuais, de modo que possa evitar posturas subjetivistas de magistrados.

3.1 A RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA EM JÜRGEN HABERMAS E A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

Habermas, seguindo as tradições filosóficas que o antecederam, notadamente o modelo kantiano, vai ocupar-se do tema da razão, não a partir do conhecimento dos objetos, mas voltada à linguagem, a qual possibilitaria a interação entre os sujeitos. Na sua proposta, a racionalidade²⁴ dependerá de consensos dos sujeitos que preservam regras de comunicação, motivo pelo qual a linguagem é influenciada por padrões normativos e universais. Disto decorre o desenvolvimento de sua Teoria do Agir Comunicativo, que é conceituada pelo autor como:

[...] uma tentativa de provar a plausibilidade da ideia de que uma pessoa que se socializou numa determinada língua e numa determinada forma de vida cultural não pode senão dedicar-se a certas práticas comunicativas, acedendo assim tacitamente a certos pressupostos pragmáticos presumivelmente gerais²⁵.

²⁴ Atinente ao conceito de racionalidade, Simioni e Bahia destacam que Habermas traça uma distinção “entre a ‘razão prática’, própria da filosofia da consciência e a ‘razão comunicativa’, própria da filosofia da linguagem. Para ele, após Auschwitz, não há mais como continuar acreditando no poder emancipador da razão (prática), tal como defendido pelo cartesianismo e o kantismo” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto Simioni. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhman. *Revista Sequência*, n. 59, dez. 2009, p. 64).

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 20.





O ponto central desta sua formulação diz respeito à busca de uma pragmática universal que consiga reconstruir racionalmente os pressupostos racionais no uso da linguagem e realizar uma intervenção nas relações sociais a partir da comunicação. Com o fito de obter um entendimento recíproco entre os sujeitos, o autor alemão partirá da premissa de que incumbirá ao indivíduo ser capaz de orientar seu agir segundo pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas²⁶. Deste modo, a ação comunicativa, assim como a instrumental, será capaz de validar as proposições e auxiliar no processo de conhecimento objetivamente possível²⁷.

Desta concepção, oportuna a advertência realizada por Luiz Repa²⁸ no que diz respeito à compreensão errônea do manejo da linguagem como uma perspectiva tão somente instrumental. A ação comunicativa, para Habermas, seria uma espécie de interação social em que o meio de coordenar os diversos objetivos dos sujeitos é concretizado na forma de um acordo racional, do entendimento recíproco entre os agentes, alcançado por meio da linguagem. Assim, esta não deve ser utilizada como um mero instrumento para alcançar a finalidade de cada participante da interação social, pois a atitude comunicativa vai além das pretensões individuais de comunicação, pois condicionada às condições necessárias para o entendimento mútuo.

Com esta complexa passagem a respeito da razão comunicativa, é possível notar que Habermas trabalha com a compreensão de que a comunicação deverá ser vista como um empreendimento coletivo. Neste ponto, exsurge a necessidade de aprofundamento nas formas como o agir deverá ser externado pelos meios de comunicação, ao passo que os agentes teriam restrições pessoais para a compreensão do discurso.

Frente a esta perspectiva, referente à influência da comunicação (compreendida como limitadora do pensamento individual), possível observar que o indivíduo pode ter sua compreensão mundana influenciada ao tentar se expressar por meio da linguagem. Talvez

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 43.

²⁷ Habermas trabalha exaustivamente com a noção de conhecimento a partir de uma autorreflexão do indivíduo acerca de suas intenções na busca do entendimento. Quanto aos meios nesta busca, deixa claro que “as condições da ação instrumental e da comunicativa são ao mesmo tempo as condições da objetividade do conhecimento possível: elas definem o sentido da validade de enunciados nomológicos ou hermenêuticos. A inserção de processos de conhecimento em contextos de vida chama a atenção para o papel dos interesses condutores do conhecimento: um contexto de vida é um contexto de interesses” (HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Unesp, 2014, p. 320).

²⁸ NOBRE, Marcos. Jürgen Habermas e o Modelo Reconstutivo de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcos et al (org.). *Curso Livro de Teoria Crítica*. Campinas: Papirus, 2008, p. 166.





Clarice Lispector, ao escrever o monólogo de Joana, personagem do livro “Perto do Coração Selvagem”²⁹, consiga demonstrar com maestria como o pensamento pode ser transmutado a partir da ação comunicativa, pois, como bem afirma, “o que faz agir não é o que eu sinto mas o que eu digo”. Não só isto, mas a linguagem deverá ser enxergada com uma meta “ilocucionária”³⁰, cujo falante buscará a aceitação do que é dito pelo destinatário, ao mesmo tempo em que procura se entender a respeito de algo como um ouvinte³¹.

Bem compreendias tais premissas – muito ideais é verdade –, temos que desta interação ordinária entre os participantes do discurso, poderá haver uma problematização das pretensões de verdade ou correção daquilo que se busca afirmar. É neste ponto, conforme explica Atienza, que surgirá a passagem da ação comunicativa propalada por Habermas para a discursiva, em que o falante buscará fornecer as razões para a defesa da verdade de suas asserções (discurso teórico) ou que a ação perpetrada seja correta (discurso prático)³². Não por outra razão, para a defesa dos conceitos linguísticos adquiridos, a fundamentação corresponderá ao meio para a participação regular de argumentações, estando umbilicalmente conectada ao conceito de aprendizagem, na medida que faz o indivíduo entender o próprio discurso e fornece substrato para a argumentação.

A argumentação, neste sentido, será projetada como meio de tematizar pretensões de validade controversas e resolvê-las ou criticá-las. No desenvolvimento desta sua teoria, Habermas compreenderá a fala argumentativa em três importantes aspectos: a) processual, substancializa a “situação ideal de fala” defendida pelo autor e concebe a argumentação como um prosseguimento reflexivamente direcionado do agir que se orienta por outros meios ao entendimento; b) procedimental, cuja visão será uma interação regulamentada a partir do

²⁹ Joana, ao raciocinar a respeito de seus pensamentos quando criança, afirma: “é curioso como não sei dizer quem sou. Quer dizer, sei-o bem, mas não posso dizer. Sobre tudo tenho medo de dizer, porque no momento em que tento falar não só não exprimo o que sinto como o que sinto se transforma lentamente no que eu digo. Ou pelo menos o que faz agir não é o que eu sinto mas o que eu digo” (LISPECTOR, Clarice. *Perto do coração selvagem*. Rio de Janeiro: Rocco, 2019, p. 19).

³⁰ O autor alemão, ao abordar o tema da estrutura discursiva e a reflexão necessária, crava 03 (três) “raízes” da racionalidade: a) do saber, aqui repousa uma racionalidade epistêmica, em que uma opinião poderá ser colocada como verdadeira desde que aceita pela comunidade; b) da atividade orientada a fins, ou teleológica, em que o agir dependerá da realização de uma meta estabelecida; e c) da comunicação, expressa por um agir orientado ao entendimento mútuo, assegurando aos falantes um mundo da vida intersubjetivamente partilhado, sendo neste ponto que Habermas denomina que há uma meta ilocucionária, de modo que o agente busca ser compreendido e depois aceito (HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 104-109).

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 107.

³² ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 162.





entendimento discursivo sob a forma cooperativa entre os participantes; e c) produtora de argumentos procedentes e convincentes, esta perspectiva diz respeito à visão dos argumentos como meios pelos quais é possível obter o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade levantada pelo proponente, que poderá transformar opiniões em saber³³.

Em todos os aspectos expostos acima temos estruturas distintas de argumentação, que podem ser trazidas para eliminar desigualdades ou colaborar na elaboração de argumentos racionalmente melhores. Habermas explica estes aspectos da argumentação da seguinte maneira:

Sob o aspecto processual, a intuição fundamental que vinculamos à argumentação pode caracterizar-se em primeiro lugar por meio da intenção de convencer um auditório universal e de obter concordância geral em face de uma exteriorização; sob o aspecto procedimental, por meio da intenção de pôr fim à controvérsia em torno das pretensões de validade hipotéticas, mediante um comum acordo racionalmente motivado; e sob o aspecto do produto, por meio da intenção de fundamentar ou resgatar uma pretensão de validade pelo uso de argumentos³⁴.

De toda esta sua construção teórica, percebe-se que Habermas buscou defender uma lógica transcendental para a comunicação, de modo que seja realizada com a apresentação de argumentos racionais, que rogam validade para si ao mesmo tempo que consigam obter compreensão entre os personagens. Para alcançar este desiderato, sua doutrina é voltada à análise procedimental de um discurso contrafático, isto é, como são apresentados ou construídos os argumentos, razão pela qual seu conceito de verdade estará vinculado às possibilidades linguísticas pelo discurso.

3.2 A DECISÃO JUDICIAL PARA A TEORIA DISCURSIVA HABERMASIANA

A partir da publicação da obra “Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia” em 1992, Habermas preenche um vazio deixado no exame do direito em “Teoria da Ação Comunicativa”, publicada em 1980. Sua nova obra representa para alguns autores, como Hamel³⁵, a mais importante manifestação do direito entre os representantes da teoria crítica, porquanto é marcada por uma tradição da filosofia

³³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 61-62.

³⁴ Ibid, p. 63.

³⁵ HAMEL, Marcio Renan. *Compreensão e Hermenêutica na Filosofia de Jürgen Habermas: diálogos com Hans-Georg Gadamer*. Curitiba: CRV, 2021, p. 61.





marxista negativa acerca dos institutos jurídicos.

A razão comunicativa, assim como exposto em linhas pretéritas, apesar de promover uma orientação para as pretensões de validade e aceitação entre os indivíduos, ela, por si só, não oferece substrato para a realização de tarefas práticas. No cenário das ciências jurídicas, Habermas explica que é necessário, além da racionalidade da ação orientada ao entendimento, conferir normatividade aos discursos, o que permitirá uma orientação vinculante da ação de todos os indivíduos³⁶. Neste sentido, compreende-se que o autor alemão buscará obter uma teoria do conhecimento universalizável para o direito, de modo que possa ser aplicada por meio de um procedimento equânime.

Ao admitir a existência de uma sociedade complexa, descentrada e pluralista, em que tanto o direito quanto a política miram a integração social, a legitimidade, para Habermas, apenas poderá ser obtida a partir da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos³⁷. De todo modo, caberá ao direito a institucionalização de procedimentos mirando a dominação política a partir de uma aceitação coletiva acerca do conjunto normativo estabelecido.

Na perspectiva do paradigma procedimental, a decisão judicial envolverá a racionalização da aplicação normativa para além de um modelo convencional positivista. De forma pragmática, o trabalho do judiciário dependerá de uma alta racionalidade, substancializada na imbricação do processo de argumentação e institucionalização de discursos aceitáveis no cenário jurídico a partir de princípios e decisões pretéritas³⁸. Neste cenário, Habermas trabalha com a teoria dos direitos de Ronald Dworkin, compreendendo-a como uma tentativa de explicar como as decisões poderão satisfazer simultaneamente as exigências para a obtenção de segurança jurídica e aceitabilidade racional³⁹.

Como a interpretação jurídica, para Dworkin, deverá ser construtiva para que seja criativa, não conversacional como defendido por outros autores, o que significa que deverá advir do respeito à história institucional de cada juiz. Deste modo, cada um escreverá o novo capítulo do “romance em cadeia”, buscando recuperar intenções históricas dos autores (juízes) que o antecederam e os contextos da sua elaboração.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade*: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 37.

³⁷ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 64.

³⁸ HABERMAS, op. cit., p. 234.

³⁹ Ibid, p. 264.





No entanto, este trabalho seria realizado por um juiz ideal (Hércules), pois conseguiria decidir a partir da análise de um conjunto de princípios e decisões pretéritas. Esta atividade então apenas poderia ser realizada por um magistrado que possuísse capacidades intelectuais sobre-humanas em perquirir toda a histórica jurídica e refletindo acerca da melhor resposta a ser fornecida às controvérsias. Estas características peculiares do modelo de julgador geram preocupação ao projeto teórico habermasiano, pois culmina na concretização de um juiz solipsista, cujas decisões são proferidas no âmago de suas próprias convicções acerca do caso apreciado e de sua compreensão acerca de todo o aparato jurisprudencial, legal e principiológico da comunidade em que está inserido.

Um dos grandes entraves da criação de Hércules, para Habermas, diz respeito a uma sobrecarga de trabalho a um juiz, cuja personalidade se distingue por suas virtudes e seu acesso privilegiado à verdade. Aqui reside a “solidão” de Hércules⁴⁰, pois, apesar da integridade permitir que haja a observância de uma construção jurisprudencial de decisões, não leva em consideração a participação dos interessados nas decisões ou a fortificação do discurso jurídico com o auxílio dos interessados. Deste modo, Habermas aduz que colocar esta carga de trabalho a um juiz, sem que possa analisar outros elementos casuísticos, traz uma perspectiva solipsista a Hércules.

O juiz de Dworkin, uma vez preocupado demasiadamente com a compreensão do que foi decidido e com os princípios de uma comunidade jurídica, traz uma perspectiva insustentável a seu próprio projeto de decisão judicial. O jusfilósofo norte-americano defende que o direito é, senão, um conceito interpretativo, cujos julgadores poderão ter interpretações díspares acerca do conteúdo do direito, bem como sobre sua aplicação, por isto a integridade e a coerência colaborariam para mitigar estas diferenças. Todavia, ao criar Hércules, o julgador ideal aos olhos de Dworkin, temos que seu trabalho será realizado com o intuito de que possa perscrutar as fontes jurídicas de forma adequada, sem deixar se levar a convicções próprias, e proferir decisões para o litígio analisado.

Ora, sob uma perspectiva pragmática, pensar em um juiz que realize uma interpretação do sistema jurídico e tire suas próprias conclusões para o caso concreto é, no mínimo, temerário para um Estado de Direito, cujo princípio fundamental é a democracia. Necessário ressaltar que as partes são participantes de todo o processo decisório, de tal sorte

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade*: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 288.





que podem apresentar argumentos que reforçam o discurso jurídico acerca dos precedentes e princípios que melhor poderão resguardar os direitos pleiteados. Ignorar todas suas alegações é autorizar que o juiz, se valendo de uma interpretação própria, possa proferir decisões, olvidando as possíveis interpretações acerca do caso e de todas fontes legais que deverão fundamentar uma sentença judicial.

Esta situação criada por Dworkin, conquanto possua o objetivo de combater o subjetivismo defendido por positivistas abre espaço para uma interpretação do próprio indivíduo acerca do cenário jurídico a ser decidido, o que desnuda novamente uma prática subjetivista. É claro que a concepção solipsista referida é distinta da dos positivistas, que a defendem em virtude de aberturas textuais ou plurissignificações que a lei pode possuir. Mas, quando Dworkin afirma sobre o trabalho intelectual a ser realizado por um único personagem (no novo capítulo a ser escrito), estar-se-á cogitando que a decisão será fruto da reflexão própria acerca das experiências jurídicas anteriores, o que, de fato, flerta com a doutrina solipsista.

Habermas, entendendo que há uma necessidade de reconhecimento recíproco da forma de reflexão da ação comunicativa, defende que cada personagem assuma um papel na construção da decisão. Por isto, haveria um núcleo procedimental na teoria da integridade, mas que não poderia estar voltada à personalidade de um juiz, mas sim para as múltiplas interpretações a serem realizadas. Afinal, deve ficar bem claro que o direito, para o autor alemão, poderá evitar indeterminações desde que haja um reconhecimento intersubjetivo compartilhado, que expresse uma autocompreensão constitutiva da identidade de uma comunidade jurídica⁴¹.

Pertinente à necessidade de uma abertura interpretativa, que não se limita ao ideal de uma personalidade de um juiz, Habermas, ao defender o direito a iguais liberdades comunicativas, recepciona a tese da “sociedade aberta dos intérpretes”, de Peter Habermas. Este autor, assim como Habermas, parte do pressuposto de uma sociedade pluralista, em que cada cidadão poderá fornecer alternativas para a interpretação constitucional, de tal sorte que não deverá ser compreendida a interpretação como um processo de passiva submissão. Este fator

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade*: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúlion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 289.





extirpa o arbítrio na interpretação judicial⁴², colaborando para que a resposta que prevaleça leve em consideração diferentes perspectivas acerca de como o direito poderá ser interpretado.

Não podemos deixar de destacar também que Habermas defende a tese da “única decisão correta”, mas transfere o debate para a pragmática procedimental, agora muito mais preocupado com o processo de sua formação do que com seus conteúdos. Por isto, o Direito buscará assegurar expectativas dos seus interessados por meio de um processo democrático, que garanta igualdade de participação de cada qual e forneça segurança jurídica. Sob esta perspectiva, o filósofo alemão aduz a importância dos direitos que dispõem a respeito dos procedimentos adequados para a decisão judicial:

Desse modo, a segurança jurídica, que se apoia no reconhecimento de expectativas de comportamento condicionadas de modo inequívoco, representa ela mesma um princípio que precisa ser ponderado a cada caso com outros princípios. A teoria do direito aqui postulada possibilita, em compensação, a ‘única resposta correta’, que garante a segurança jurídica em um âmbito distinto. Os direitos processuais asseguram a cada pessoa de direito a pretensão a um procedimento equitativo, o qual não garante a segurança dos resultados, mas, sim o esclarecimento discursivo de todas as questões de fato e de direito que se mostrem pertinentes; dessa forma, os concernidos podem contar com um processo decisório no qual serão decisivos não motivos arbitrários, mas apenas razões relevantes. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerente, esta segurança jurídica dependente do procedimento pode preencher as expectativas de uma comunidade jurídica que zela por sua integridade, orientada por princípios, para que a cada um sejam garantidos os direitos que competem⁴³.

Desta passagem, Eduardo Bittar⁴⁴ traça importantes considerações, afirmando ser importante a valorização destes direitos para a expansão e democratização das formas de interação processual. Apesar desta concepção procedimental para decisões judicial, interessante é a advertência dele, ao se referir à via da “fetichização do processo” para a defesa de um pensamento perfunctório que a teoria do discurso se limitaria apenas a uma concepção formalista como se o procedimento fosse um fim em si mesmo da teoria do discurso. Por isso, afirma que a racionalidade buscada na teoria habermasiana vai além do

⁴² HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30-31.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade*: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 285.

⁴⁴ BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, Justiça e Emancipação Social*: Reflexões Jusfilosóficas a partir do Pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 529.





processo, não bastando a formalização do litígio para haver racionalidade⁴⁵, pois preocupada com a justiça alcançada por meio dos procedimentos judiciais na *práxis* judicial por meio dos pressupostos da comunicação.

Assim, nas linhas traçadas por Bittar⁴⁶, a melhor decisão apenas poderá ser proferida, para Habermas, quando são disponibilizadas as melhores condições comunicativas para tanto. Isto significa que deverão ser resguardados aos interessados os meios de acesso às informações qualificadas acerca da forma como os argumentos serão construídos e apresentados por meio da fundamentação do juiz, que possui a incumbência de externar as razões que levaram ao resultado. Por tais meios, informadas as partes acerca dos motivos determinantes da valoração realizada pelo juiz, poderão confrontar estes elementos e, principalmente, possibilitar a geração de consenso em virtude de terem tomado conhecimento acerca do direito examinado na causa.

De mais a mais, o que interessa para Habermas⁴⁷ não é apenas avaliar que haja a disponibilização de um procedimento equânime, mas que as sentenças alcancem a aceitabilidade racional, com qualidade de argumentos apresentados e uma racionalidade argumentativa que permita a cooperação dos envolvidos na sua formação. Com isso, defende que os ordenamentos jurídicos deverão institucionalizar a prática de decisões judiciais para que as sentenças e suas fundamentações possam ser entendidas como resultado de um jogo argumentativo.

Por tudo que foi exposto, é possível afirmar que a tese da “única decisão correta” será concretizada por meio de uma ordenação jurídica-processual que institucionalize a prática de decisões judiciais de modo que estabeleça elementos discursivos que deverão conter em suas fundamentações. Assim, poderão adquirir uma racionalidade argumentativa

⁴⁵ Aqui há um inegável contraponto com a teoria da legitimidade do procedimento difundida por Niklas Luhman que tem como pano de fundo a transformação de pretensões jurídicas pelo procedimento, como se, nas palavras do autor, “os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias” (LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 31-32). Por isto se nota que Habermas, apesar de asseverar também que a decisão obterá legitimidade a partir de um procedimento previamente institucionalizado, não abandona totalmente a concepção de justiça a partir do resultado obtido, pois concebe a legitimidade por meio do procedimento que garanta que todos os argumentos e informações auxiliem na elaboração da decisão, que guarnecerá o melhor argumento.

⁴⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, Justiça e Emancipação Social: Reflexões Jusfilosóficas a partir do Pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 530.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 292.





que, apesar de ir contra os interesses de algum indivíduo, seja passível de aceitabilidade, pois construída a partir de um discurso devidamente reconhecido por todos os interessados e que não olvidou de examinar os interesses e alegações dos envolvidos.

4 A DEFESA DE DWORKIN ÀS CRÍTICAS LANÇADAS POR HABERMAS

Conforme foi afirmado no decorrer deste trabalho, Ronald Dworkin, ao elaborar uma crítica contundente às teses positivistas, construiu uma teoria do direito recepcionada por muitos autores. Suas concepções colaboraram para o desenvolvimento de doutrinas como a dos precedentes, pois trouxe uma nova perspectiva para a compreensão da prática jurídica, sobretudo no que diz respeito à decisão judicial. Não por outra razão, as críticas feitas por Habermas expostas acima (corretas em sua grande maioria) merecem ser tratadas com a devida prudência, pois parte de concepções divergentes a respeito do estudo jurídico.

O paradigma procedimental advém de uma teoria discursiva, cujos aportes teóricos distinguem-se da teoria do direito dworkiniana, de tal sorte que possuem pressupostos distintos. No entanto, como foi colocado, Habermas toca nos pontos defeituosos do juiz Hércules, pois incrementa na sua construção um elemento imprescindível para o desenvolvimento do trabalho judicial: o discurso.

As críticas ao projeto teórico de Dworkin, objetivando afirmar que em sua tese há um desrespeito ao modelo democrático e que as decisões judiciais serão proferidas de modo arbitrário denotam uma equivocada compreensão da sua proposta. Como exposto alhures, o princípio da integridade elaborado por Dworkin é relacionado, como explicado por Gunther, a uma “comunidade regida por princípios”, fundamental para um sistema de direitos, pois garantirá a igualdade de tratamento aos indivíduos. Como informado antes, o juiz, para o autor norte-americano, não elaborará uma decisão judicial de *sponte própria*, mas deverá descobrir o direito previamente existente, ainda que de modo implícito, que assiste à cada parte em controvérsias⁴⁸.

Atinente à afirmação de que a criação do juiz Hércules trouxe problemas para as teorias dworkinianas, é de se projetar que seu objetivo por muitos não foi muito bem compreendido e gerou interpretações diferentes ao que foi proposto. Em defesa desta

⁴⁸ GUNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução: Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 270-271.





metáfora, Nunes, Pedron e Horta⁴⁹, partindo da ideia de que Hércules institucionalizou pressupostos interpretativos contrafáticos, embasando o contraditório e uma fundamentação dinâmica, defendem que o seu trabalho não é realizado de forma solitária:

Em seu ‘magistrado’, Hércules deve decidir à luz de todos os argumentos trazidos pelas partes, das provas produzidas nos autos e da história institucional, ou seja, do devido processo constitucional, comparando suas possíveis decisões com as decisões proferidas pelos demais juízes, a fim de verificar qual decisão melhor se ajusta a essa história, considerando os fatos ocorridos no processo em julgamento.

De forma similar aos autores, Alexandre Câmara, em sua obra sobre precedentes judiciais, também defende o juiz Hércules de Dworkin⁵⁰ e afirma ser errônea a compreensão de que este magistrado seja solipsista:

Verifica-se, assim, que o Juiz Hércules só cumpre seu papel no processo, e respeitando seu caráter democrático e participativo. Não é ele, pois, um juiz solipsista. Equivocam-se, portanto, aqueles que veem no Juiz Hércules um juiz ‘engenheiro social’, que se põe acima das partes. Hércules não é solipsista porque ele só faz sentido no processo e pelo processo. Afinal, só por meio dos processos é que ele poderia conhecer todos os argumentos necessários para a construção da resposta correta para o caso concreto.

É possível perceber, em ambos os trechos transcritos, que os autores brasileiros concordam com a criação de Hércules para atuar dentro de um modelo democrático, que possibilite a participação das pessoas. De fato, percebe-se que este modelo de juiz ideal foi criado para atuar de acordo com princípios e decisões pretéritas, de modo que possa lidar com prudência ao decidir cada novo caso. Contudo, ainda é controverso como Dworkin desenvolve este procedimento participativo com as partes. Embora informado que a atuação de seu juiz obedeça ao devido processo constitucional, não foi ilustrado como trabalhará o discurso jurídico na decisão judicial a partir dos argumentos levantados pelas partes e a apresentação de diferentes interpretações acerca da história jurídica em que estão situados.

Talvez uma das defesas mais contundentes às críticas de Habermas à teoria de Dworkin que possam ser apontadas neste trabalho, seja de Nunes e Viana. Os autores reconhecem a eloquência do apontamento do autor alemão à solidão do juiz Hércules, mas explicam que não são justas estas colocações, ao passo que, assim como a teoria do agir

⁴⁹ HORTA, André Frederico de Sena; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Frederico de Sena. *Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes*. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol 263, 2017, p. 15.

⁵⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 208-209.





comunicativo faz, a tese dworkiniana é uma metáfora, criando uma figura inexistente, que se contrapõe ao juiz real:

Embora Hércules seja, de fato, uma figura ideal, Dworkin não é nada idealista quando se refere à aplicação do direito. Por isso mesmo, a invenção da figura de Hércules se justifica para contrapor a juiz real e o ideal, numa postura hermenêutica, surgindo, portanto, o desafio de construir um sistema baseado em princípios jurídicos. De maior importância à presente obra é perceber que, com a figura ideal do juiz Hércules, todo o direito pode ser revisitado, interpretado, e, claro, não há nenhuma razão para excepcionar o direito jurisprudencial, algo que deve decorrer de processos argumentativos desenvolvidos pelas partes, com a disciplina das garantias processuais⁵¹.

Ainda em defesa de Dworkin e à abertura interpretativa, é necessário esclarecer que, apesar de Hércules ser a figura ideal de um julgador, o autor norte-americano não defendia que deveria ser o único intérprete das normas jurídicas, tampouco ser uma atividade apenas dos operadores do direito. Com efeito, para Dworkin:

Se a interpretação deve formar a base de uma teoria diferente e mais plausível a respeito de proposições de Direito, devemos desenvolver uma descrição mais abrangente do que é interpretação. Mas isso significa que os juristas não devem tratar a interpretação jurídica como uma atividade *sui generis*. Devemos estudar a interpretação como uma atividade geral, como um modo de conhecimento, atentando para outros contextos dessa atividade⁵².

Verifica-se, portanto, que o autor norte-americano não deixa de abordar o fato de que a interpretação não é realizada apenas por operadores do direito, notadamente os juízes. O que torna problemática sua teoria é a ausência de informações acerca da forma em que estas outras interpretações poderão colaborar na formação decisória. Este é o cenário em que os críticos, sobretudo os filiados às teorias discursivas⁵³, aduzem que a construção teórica de Dworkin para a decisão judicial não consegue se sustentar *de per se*, necessitando obter um desenvolvimento discursivo.

⁵¹ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 319.

⁵² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 235.

⁵³ O professor Lênio Streck, ao defender a proposta de Dworkin e Gadamer, ressalta que as teorias discursivas buscam, na verdade, a desoneração do sujeito-intérprete do encargo de elaborar discursos de fundamentação, de modo a eliminar o sujeito por sistemas (Luhman) ou teorias comunicativas (Habermas) (STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 434)





5 A AUSÊNCIA DA ABORDAGEM PROCEDIMENTAL EM DWORKIN

A afirmação de que Hércules seria um juiz que examinaria com perspicácia a jurisprudência, os princípios e as regras de uma comunidade jurídica, bem como os argumentos levantados pelas partes, parece incrementar algo à teoria de Dworkin, que não foi trazido pelo autor norte-americano em sua obra. Apesar de haver uma preocupação com a igualdade das decisões e desenvolver os conceitos de integridade e coerência para o sistema jurídico, ainda falta a demonstração pragmática de como será realizado o hercúleo trabalho decisório. O que se destaca é que, como acrescentado por Habermas, o juiz deverá avaliar racionalmente todos os argumentos das partes, o contexto (história jurídica) em que está situado e apresentar uma fundamentação adequada, dentro do jogo argumentativo previamente estipulado.

Ao realizar detida análise das principais obras de Ronald Dworkin, em que expõe os aportes teóricos de seu juiz Hércules, percebe-se novamente que não ilustrou como ocorreria esta construção da decisão judicial a partir dos argumentos levantados pelas partes. Claro que diversas vezes informou que as teses apresentadas poderiam ser levadas em consideração pelo magistrado ao decidir, mas não demonstrou a importância desta sua participação no papel de criação argumentativa da resposta judicial.

Em sua obra “O Império do direito”, Dworkin busca apresentar respostas aos críticos do juiz Hércules, que, para o autor, não compreendem suas pretensões ao criá-lo ou criticam a forma como seu trabalho deverá ser realizado. O que se extrai da sua leitura é que Hércules foi construído para atuar em conformidade com a integridade formulado por Dworkin, de tal sorte que o seu trabalho envolverá uma reflexão (própria) do que foi decidido e buscar uma resposta para o caso concreto. O jusfilósofo responde à crítica que Hércules finge que suas opiniões subjetivas são melhores aos que discordem, aduzindo que apenas se opõe aquilo que “acredita” ser uma má descrição do processos e sua teoria pressupõe uma coerência (apesar de reconhecer que não haveria uma coerência perfeita) entre os princípios, leis e precedentes, que poderá tomar a decisão que mais se adeque a este cenário⁵⁴.

Pelo fio do exposto e repetindo à exaustão, temos que Dworkin trabalha sua teoria do direito a partir de sistemas, cuja decisão judicial refletirá coerentemente o passado, de modo

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 317-319.





que possa garantir segurança jurídica aos envolvidos. Desta forma, o argumento de que Hércules atua no/pelo processo não significa que não há uma carga subjetivista em seu trabalho, porquanto a atividade decisória dentro do processo pode muito bem ser voltada apenas às suas concepções próprias do que está para ser examinado. O juiz poderá atuar pelo processo de modo a orientar suas decisões a partir da sua própria visão mundana, sem se preocupar com as argumentações levantadas pelas partes, o que não afasta sua carga subjetivista.

Para melhor ilustrar esta afirmação, pensemos em um juiz que, após julgar causas similares, possua um entendimento prévio acerca de uma causa, em que envolva o direito de liberdade religiosa dos fiéis da religião testemunha de Jeová em recusarem a transfusão de sangue. Este magistrado, apesar de avaliar bem que as decisões pretéritas dos tribunais são orientadas majoritariamente no sentido de prevalecer o direito à vida em relação à religião e, inclusive esta orientação foi invocada por uma das partes que apresentou novos argumentos digladiando a tese do magistrado, o julgador estaria voltado, ao desenvolver seu trabalho “para o processo”, em buscar uma miríade de julgados (principalmente próprios, resguardando a segurança jurídica) e fundamentos (por meio de um hercúleo trabalho) que melhor resguardem a inversão desta relação de direito.

Sua decisão poderá ser, em tese, correta, pois muito bem avaliada a partir de um conjunto de princípios e situações divergentes entre nossas casas judiciais, mas se furtou a examinar exaustivamente as razões expostas e desenvolvidas pelas partes na prevalência do direito à vida. A sentença, portanto, ainda não demonstraria um desenvolvimento discursivo adequado e, embora apresentada uma fundamentação extensa, esta não consegue contribuir para efetivação da possibilidade de influência no julgado. Da mesma forma, a ausência deste trabalho seria um problema para o desenvolvimento do romance em cadeia, pois colocaria como autor do capítulo do romance apenas o juiz. Todavia, é de se projetar que a redação de cada novo passo deve contar com a efetiva participação da sociedade, sobretudo às partes, cujas suas alegações contribuem no desenvolvimento da tutela de direitos e constante aprimoramento das ciências jurídicas.

Ora, certo é que Dworkin diria que o juiz Hércules não deixaria se levar às suas concepções prévias e afastaria alguns pré-juízos, para haver um julgamento imparcial. O que acontece é que esta compreensão que Hércules estaria voltado apenas a avaliar precedentes, livros e princípios basilares de uma sociedade, pode levá-lo a uma compreensão própria





(pessoal ou institucional) acerca deste emaranhado de fontes. Assim, esta revisão do material que possui deve ser examinada em conjunto com os participantes do processo.

Ainda a respeito da visão solitária de Hércules, por mais que possa parecer coerente a defesa de que se refere a um juiz ideal e sua invenção é realizada para se contrapor a um juiz real, esta defesa ainda não consegue justificar aquilo que Habermas mais colocava como faltante: o diálogo. Se Dworkin trouxe uma idealização e buscou uma contraposição entre seus trabalhos, de modo que possa fazer uma reconstrução da forma de pensamento do ato decisório, não justifica que Hércules, o juiz imaginável, não trabalhe de forma exaustiva com os argumentos das partes. Sua criação também deveria possuir o condão de demonstrar uma situação ideal de decisão, de modo que é forçoso justificar seus déficits por meio do argumento que é uma mera idealização.

Uma advertência merece ser realizada quanto aos apontamentos realizados por Habermas, pois, apesar deste aspecto monológico em Hércules, não é acertada a crítica de que deve ser inserido dentro de uma perspectiva solipsista. Foi afirmado que seu trabalho criacionista necessita de um desenvolvimento discursivo, sobretudo na colocação de um procedimento coparticipativo com as partes, que possa resguardar uma fundamentação idônea, o que, no entanto, não significa que Hércules busca apenas agir em conformidade com sua consciência⁵⁵. A sua atuação é pautada por interpretações anteriores acerca dos institutos jurídicos, de modo que possa doravante decidir a partir de sua acepção acerca do que está sendo construído, o que ele relega é a participação discursiva dos demais sujeitos na sua formação.

Sem embargo de opiniões diferentes dos defensores de Ronald Dworkin, é de se projetar que uma teoria do direito voltada a compreender como devem ser elaboradas decisões judiciais corretas não poderia colocar como autor principal apenas a figura de um juiz. Por isto, a teoria do discurso serve para colaborar para a valorização de múltiplas possibilidades discursivas que podem surgir a partir das teses elaboradas pelos participantes. Esta concepção é imprescindível para a pragmática jurídica (sobretudo para a sua adoção no sistema

⁵⁵ Lenio Streck, em defesa de Dworkin e Gadamer, explica que ambos não elaboraram uma forma de solipsismo, exatamente por buscarem lutar contra esta concepção moderna. Ao defender o primeiro autor, afirma: “é preciso entender que Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência. Melhor dizendo, o juiz ‘Hércules’ de que fala Dworkin é apenas uma metáfora para demonstrar que a superação do paradigma procedimental (morte do sujeito solipsista da modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto” (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 434).





brasileiro), pois conferirá racionalidade argumentativa para as decisões tomadas.

Incorporando expressamente estas ideias, Eduardo Bittar concorda com a crítica realizada ao juiz Hércules de Dworkin e enxerga um enriquecimento da decisão judicial a partir da teoria discursiva. Para o autor, a concepção habermasiana chama a atenção para o procedimento como um meio de franquear um multiperspectivismo das interpretações para deflagrar decisões sustentadas racionalmente⁵⁶.

Habermas, portanto, contribui para o desenvolvimento discursivo da decisão judicial de modo que incrementa a sua realização a partir da fixação (institucionalização) de procedimentos próprios para sua elaboração. Além disso, a teoria de Dworkin, conforme colocado, não se sustenta por si só de forma pragmática, por isto deverá receber este incremento para que possa lançar-se para a *práxis* judicial e possibilitar a existência de respostas corretas não apenas conteudísticas, mas elaboradas a partir de um procedimento.

O que se extrai das teses acima expostas é que Habermas trabalha com uma teoria procedimentalista, cuja proposta é a busca de atribuir legitimidade à atuação do judiciário por meio de um processo democrático na formação de enunciados, abstratos ou casuísticos. Dworkin, por sua vez, aproxima-se das concepções substancialistas, que preza pelo conteúdo material dos ditames constitucionais, daí a legitimidade da jurisdição seria vista a partir da aplicação dos seus preceitos em conjunto com valores morais que a fundamentam⁵⁷.

6 CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto no decorrer do trabalho, é possível concluir que Dworkin representa um marco teórico importante para o desenvolvimento de uma teoria da decisão, pois voltada a destrinchar o modo como os juízes decidem ou como deveriam fazê-lo. A visão do princípio da integridade pelo autor norte-americano conseguiu apontar uma solução (parcial) para o problema da subjetividade presente no cenário jurídico, de modo que pudesse limitar a atuação dos julgadores e preservar a igualdade reclamada pelos jurisdicionados, desta objetividade decorreria a tese da resposta correta formulada pelo autor. Neste sentido,

⁵⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, Justiça e Emancipação Social: Reflexões Jusfilosóficas a partir do Pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 526.

⁵⁷ Francisco José Borges Motta explica que o substancialismo é compreendido como um contraponto ao procedimentalismo para fins argumentativos, ao passo que dão mais ênfase ao conteúdo da Constituição, visto como vinculante e programático (MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 70).





quando reconhecida a história institucional em que o magistrado está inserido e a necessidade de respeitar aquilo que foi colocado no passado, o juiz, sempre que decidir o próximo caso, deveria realizar a melhor interpretação possível ao caso concreto, desde que observadas as premissas morais e principiológicas que envolvem o bem jurídico debatido.

Apesar da lição do autor norte-americano, é de certo modo preocupante atribuir ao julgador a tarefa de realizar um hercúleo trabalho, em que avaliaria o direito postulado e, a partir da análise acima, buscaria encontrar o melhor direito que assiste o caso. É nesta perspectiva que a tarefa de uma teoria discursiva colabora para o desenvolvimento do raciocínio jurídico, pois chama atenção ao fato de que existe uma disparidade interpretativa advinda das fontes do direito e os argumentos, até mesmo com trabalhos hermenêuticos similares, são levantados de forma distinta.

É neste contexto que Habermas alavanca o debate acerca da resposta correta para o direito, de modo que esteja voltada não ao resultado obtido, mas ao estabelecimento de um procedimento previamente estipulado, oportunizando que a decisão judicial seja composta de possibilidades argumentativas. Do mesmo modo que a construção teórica da decisão judicial deverá estar atenta à integridade, também ganha especial relevo a institucionalização de um discurso mínimo para o procedimento judicial ocorrer. Assim, necessário formular uma proposta para atuação dos magistrados que observe a subjetividade advinda do ato de aplicação, bem como ao modo como são formulados os argumentos, pois devem estar voltados ao próprio processo, não às concepções próprias de certo juiz.

As possibilidades discursivas no trabalho criacionista de uma decisão judicial também não deverão estar engessadas por concepções prévias daquilo que poderá ser fácil ou difícil de ser decidido. Por isto, trabalhar com uma cisão entre *easy* e *hard cases*, como foi feito por Dworkin, é um caminho muito perigoso para *práxis* judicial, não olvidando que, de fato, haverá demandas que a elaboração de uma decisão judicial não exigirá um exame tão extenso para sua construção. Daí são encontrados, conforme leciona Habermas, os problemas na estabilização de conceitos prévios, pois voltada ao horizonte do passado e não se preocupa tanto com o presente e a deliberação que poderá ocorrer dentro da própria causa.

Assim, a teoria da decisão mais coerente advém de uma imbricação das propostas de Dworkin e Habermas, de modo que concilie as perspectivas integrativa e procedimental coparticipativa. Desta forma, propõe-se um discurso jurídico para além de uma aceitação racional, mas que consiga obter decisões construídas a partir de um ordenamento jurídico-





processual equânime, em que as respostas judiciais consigam se amoldar a uma formação jurisprudencial, que respeite o que foi decidido, bem como amparadas pelos princípios compartilhados por uma comunidade.

Com tais ideias, a construção argumentativa obedecerá a regras discursivas, orientadas por um procedimento previamente fixado. Portanto, haverá a possibilidade de uma participação efetiva entre os sujeitos da celeuma, cujas alegações serão devidamente trabalhadas no ato decisório, pois realizado por meio de uma fundamentação racional, que consiga abordar de forma exaustiva os argumentos a respeito do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXYY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2002.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto Simioni. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jurgem Habermas e Niklas Luhman. *Revista Sequência*, n. 59, dez. 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, Justiça e Emancipação Social: Reflexões Jusfilosóficas a partir do Pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Tradução: Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: PILLARES, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.





GUNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução: Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúion Melo. São Paulo: Unesp, 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HAMEL, Marcio Renan. *Compreensão e Hermenêutica na Filosofia de Jürgen Habermas: diálogos com Hans-Georg Gadamer*. Curitiba: CRV, 2021.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

HORTA, André Frederico de Sena; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Frederico de Sena. *Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes*. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 263, 2017.

LISPECTOR, Clarice. *Perto do coração selvagem*. Rio de Janeiro: Rocco, 2019.

LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *A Integridade no Direito e os Protocolos de Hércules: comentário à integridade no Direito (Império do Direito – Capítulo VII)*. v. 10, n. 2, p. 71-103, 2016.





MARIN, Jeferson Dyts; RAMOS NETO, Nelson Gularte. O direito como integridade, a coerência e a responsabilidade política: os alicerces da teoria dworkiniana da decisão. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 5, n. 1, p. 1059-1084, 2019.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o Modelo Reconstutivo de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcos *et al* (org.). *Curso Livro de Teoria Crítica*. Campinas: Papyrus, 2008.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo submetido ao *double-blind review*.

Recebido em: 30/04/2022.

Aceito em: 15/08/2023.

