

# A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS E AS INFLUÊNCIAS DE RONALD DWORKIN E KLAUS GÜNTHER

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

RECEBIDO EM:	30.5.2023
APROVADO EM:	26.9.2023

## L'INTERPRETAZIONE GIURIDICA PROCEDURALE DI JÜRGEN HABERMAS E LE INFLUENZE DI RONALD DWORKIN E KLAUS GÜNTHER

- **ASTRATTO:** La ricerca si propone di discutere la costruzione della teoria dell'interpretazione giuridica di Jürgen Habermas, considerando il modo in cui egli attinge alle idee di Ronald Dworkin e Klaus Günther. Si analizza come Habermas consideri insufficienti i metodi tradizionali di interpretazione e la necessità di risolvere la questione interna tra fatticità e validità che si verifica nel discorso giuridico. Habermas utilizza così la teoria di Ronald Dworkin per risolvere la prima fase di questa tensione ricorrendo ai principi e alla legge come integrità. L'autore utilizza invece la teoria di Klaus Günther per dividere i discorsi di validità da quelli di adeguatezza, rendendo possibile la separazione dei discorsi giuridici da quelli morali. In questo modo Habermas costruisce una teoria che ha una base procedurale e procede dall'applicazione del principio del discorso dal punto di vista del diritto procedurale. Nelle conclusioni si analizza come Habermas giunga a una proposta teorica generalista, basata su una rilettura procedurale di Ronald Dworkin, che lascia un vuoto da colmare.
- **PAROLE CHIAVE:** Teoria dell'interpretazione procedurale; fatticità e validità; Jürgen Habermas; Ronald Dworkin; Klaus Günther.

\* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN), especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (Ibet), mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Advogado. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). E-mail: candremaciel@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4754-0990>

\*\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), mestre em Direito Constitucional pela mesma instituição e doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor adjunto da UFRN. Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN). E-mail: ricardotinoco@tjrn.jus.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5192-7250>

• CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA  
• RICARDO TINOCO DE GÓES

- **RESUMO:** A presente pesquisa tem como objetivo discutir a construção da teoria de interpretação judicial de Jürgen Habermas, considerando a maneira como esse filósofo se vale das ideias de Ronald Dworkin e Klaus Günther. Este estudo identifica que Habermas considera como insuficientes os métodos tradicionais da interpretação e que é necessário resolver a questão interna entre facticidade e validade que se dá no discurso jurídico. Entende que Habermas utiliza a teoria de Ronald Dworkin para resolver o primeiro estágio da referida tensão a partir do recurso aos princípios e do direito como integridade. Compreende que Habermas se vale da teoria de Klaus Günther para dividir os discursos de validade dos discursos de adequação, permitindo separar os discursos jurídicos dos discursos morais. Entende que Habermas constrói uma teoria que tem base procedimental e procede da aplicação do princípio do discurso a partir do direito processual. Ao final, conclui que Habermas traz uma proposta teórica generalista, baseada em releitura procedimental de Ronald Dworkin, que deixa uma lacuna para ser preenchida.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Teoria da interpretação procedimental; facticidade e validade; Jürgen Habermas; Ronald Dworkin; Klaus Günther.

## THE PROCEDURAL LEGAL INTERPRETATION OF JÜRGEN HABERMAS AND THE INFLUENCES OF RONALD DWORKIN AND KLAUS GÜNTHER

- **ABSTRACT:** This research aims to discuss the construction of Jürgen Habermas' theory of judicial interpretation, considering the way that this philosopher employ the ideas of Ronald Dworkin and Klaus Günther. It identifies that Habermas considers traditional methods of interpretation to be insufficient and that it is necessary to resolve the internal issue between facticity and validity that takes place in legal discourse. It understand that Habermas uses Ronald Dworkin's theory to resolve the first stage of the aforementioned tension, based on the use of principles and law as integrity. It understands that Habermas uses Klaus Günther's theory to divide the validity speeches from the adequacy speeches, allowing to separate the legal speeches from the moral speeches. It understands that Habermas builds a theory that has a procedural basis and starts from the



application of the principle of discourse based on procedural law. In the end, it concludes that Habermas brings a generalist theoretical proposal, based on Ronald Dworkin's procedural reconstruction and that leaves a gap to be filled.

- **KEYWORDS:** Theory of procedural interpretation; facts and norms; Jürgen Habermas; Ronald Dworkin; Klaus Günther.

## 1. Introdução

Lançada em 1992, a obra *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (*Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*) traçou as bases para o projeto de democracia deliberativa de Jürgen Habermas. Trazendo considerações sobre direito e política, o livro aposta no potencial emancipatório da razão comunicativa como uma proposta para deter a corrupção sistêmica ocasionada pelo poder e pelo dinheiro, elementos característicos do capitalismo.

Dentro da vertente democrática radical de Habermas, há vários aspectos do direito que precisam ser levados em consideração. Nesta pesquisa se dará ênfase especial aos elementos que tratam da atividade jurisdicional desempenhada pelos tribunais e da estrutura interpretativa que permite a aplicação do direito aos casos concretos nos ditames de uma legitimidade procedimental. É diante da relevância da obra de Habermas para o pensamento jurídico contemporâneo que o presente exame será desenvolvido, com vistas ao quinto capítulo da obra supramencionada, o qual aborda a indeterminação do direito e a racionalidade da jurisdição.

A investigação tem como objetivo geral compreender a teoria da interpretação jurídica construída por Habermas, dentro da teoria do agir comunicativo, com vistas aos potenciais emancipatórios que a aplicação do direito pode possuir, considerando a influência de Ronald Dworkin e Klaus Günther. Como objetivos específicos, este estudo pretende: 1. identificar no que consiste o direito procedimental proposto por Habermas; 2. compreender a teoria dos direitos de Ronald Dworkin; 3. entender a operacionalização da argumentação jurídica em Klaus Günther; e 4. analisar a proposta de interpretação trazida por Habermas a partir do instrumental obtido com ambas as análises de Dworkin e Günther.

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

Em termos metodológicos, será empregada a metódica indutiva, partindo das construções individuais de cada teórico que influencia o pensamento habermasiano para formar o panorama geral do filósofo frankfurtiano. A pesquisa terá tipologia qualitativa e será de ordem normativa e zetética quanto à realidade fática – pois traz um modelo que poderá ser espelhado na atuação jurisdicional – e exploratória quanto aos objetivos – por pretender uma compreensão mais precisa da perspectiva adotada por Habermas a partir da investigação a ser desenvolvida. Utilizará análise bibliográfica, com guarida nas obras de Habermas, Dworkin e Günther, bem como terá suporte dos estudos de comentadores especializados.

Espelhando o percurso teórico adotado por Habermas ao longo da obra *Facticidade e validade*, este artigo pretende analisar o pensamento habermasiano tomando por base os teóricos que o autor elege para dar sustentáculo à sua teoria. Nesse diapasão, o estudo terá uma sistemática reconstrutiva, pois irá percorrer, em um primeiro momento, o pensamento dos dois principais autores nomeados por Habermas para, em uma segunda etapa, verificar como é o projeto interpretativo calcado no agir comunicativo.

Com efeito, o primeiro tópico deste exame traçará um panorama sobre o paradigma do direito procedimental, suas características e seus elementos formadores. De igual maneira, delineará quais as justificativas dadas por Habermas para a insuficiência dos métodos interpretativos tradicionais para então seguir na abordagem dos pensadores que, nas palavras do próprio autor, influenciam seu construto teórico.

Em seguida, abordará a teoria dos direitos de Ronald Dworkin, verificando como esse autor trata de questões como direito, moral, regras e princípios. Ademais, irá averiguar como tais institutos estão vinculados com a aplicação do direito pelos tribunais e quais ferramentas são dispostas por Dworkin para lidar com a segurança jurídica e com a pretensão da decisão correta.

Após, a seção subsequente irá tratar da teoria de Klaus Günther e de sua raiz na ética do discurso. Lá serão investigadas as distinções promovidas pelo teórico entre os discursos de fundamentação e os discursos de adequação, e como tal problemática envolve as argumentações jurídica e moral. Nesse momento, serão vistas, sob a ótica de Günther, as questões de validade e aplicação das normas e sua correlação com a razão prática que permite a construção de juízos imparciais.

Na última etapa, a averiguação irá analisar a absorção, por Habermas, dos postulados de Dworkin e Günther. Aqui será verificada a interpretação procedimental do autor em sua totalidade, com a expectativa de perceber como deve ser desenvolvida a

argumentação jurídica na produção de uma decisão judicial que atenda aos princípios de legitimidade procedimental lançados por Habermas.

## 2. A teoria procedimental do direito e a insuficiência dos métodos tradicionais da interpretação jurídica

A teoria de interpretação jurídica de Habermas parte do pressuposto que os métodos interpretativos tradicionais são insuficientes. Ao afirmar isso, o frankfurtiano pretende testar a sua proposta para o direito como um todo, pois o processo judicial permite a análise do sistema jurídico (Baxter, 2011, p. 107). A postura de Habermas (2020, p. 254-255) se justifica pela própria teoria do direito, pois o ordenamento jurídico envolve uma estrutura de fontes que coletam os elementos relevantes da realidade e condicionam a aplicação do direito por intermédio de regras secundárias de adjudicação.

Pela leitura realizada por Habermas (2020, p. 258-259), a jurisdição está inserida em um conflito adjacente ao cumprimento da função integradora do direito, ou seja, a aplicação do direito fica dividida entre a garantia de legitimidade mediante a aceitação racional do julgado e a preservação da segurança jurídica. A ideia de legitimidade remonta à construção procedimental do cidadão como coautor do direito, ao passo que a segurança jurídica corresponde à história institucional do ordenamento jurídico – os precedentes judiciais anteriores ao caso em análise. São esses dois fatores que condicionam a racionalidade da aplicação do direito.

Afinal, o afã da interpretação jurídica é sincronizar o conteúdo das normas jurídicas com a situação fática a ser resolvida, observando, nesse percurso, qual o sentido do direito a ser aplicado (Dimoulis, 2016, p. 146). Dessa feita, ao verificar a literatura jurídica, Habermas (2020, p. 259) compreende a existência de três caminhos para resolver essa problemática: a hermenêutica jurídica, o realismo jurídico e o positivismo. São essas as três vertentes que Habermas considera insuficientes e que o conduzem para a adoção da teoria de Ronald Dworkin.

Com efeito, faz-se necessário observar cada uma das três correntes teóricas mencionadas por Habermas e verificar, de fato, qual o problema apontando pelo autor para cada uma delas. A ideia aqui não é fazer uma análise aprofundada de cada uma, mas buscar compreender as justificativas dadas por Habermas e os fundamentos das críticas a cada uma delas.

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

De acordo com Habermas (2020, p. 259-260), a hermenêutica de Gadamer tem como mérito inserir uma nova sistemática interpretativa que supera a mera subsunção por meio do recurso às pré-compreensões. Esse instituto fará a conexão entre a norma e o estado de coisas por meio da premissa de que nenhuma norma pode regular a si mesma, daí a união, por Gadamer, das atividades de compreensão e interpretação (Bahia, 2004, p. 304-306). Para Gadamer (1999, p. 461-463), existe uma discrepância entre o texto legal e o sentido da aplicação no momento da interpretação, dado que a interpretação jurídica precisa se desvencilhar da lei em sua perspectiva histórica. Dessa forma, a validade jurídica do dispositivo legal é concretizada e compreendida no instante próprio da interpretação. Por isso, sob a ótica gadameriana, a hermenêutica jurídica é categorizada como um tipo de hermenêutica normativa, consoante o sentido da norma a ser aplicada dependerá do caso concreto.

A hermenêutica jurídica gadameriana resolve a questão da racionalidade da jurisdição mediante a tradição histórica, pois a interpretação jurídica será sistematizada por meio de tópicos no processo de pré-compreensão. Afinal, a interpretação depende de observar o caso concreto à luz dos princípios históricos, pois sua legitimidade é dada pelos padrões de costume e decisões que lhe são anteriores e formam a identidade coletiva (Simioni, 2007, p. 187). É exatamente nesse ponto que Habermas (2020, p. 260) critica o modelo hermenêutico, pois entende ser impossível valer-se de uma estrutura identitária dominante, já que o recurso aos *topoi*, mesmo que historicamente comprovados, acarretará uma interpretação ideológica ou eivada de preconceitos.

De seu turno, o realismo jurídico norte-americano, falange influenciada pela filosofia pragmática e que privilegia a descrição em detrimento da prescrição, almeja debater como é o processo decisório dos tribunais ante as normas e os fatores do subconsciente. Assim, o processo judicial tem uma natureza descritiva, dizendo como é decidido o direito (Summers, 1982, p. 22-36). Por valerem-se dessa abordagem metodológica, os teóricos do realismo jurídico promovem uma avaliação empírica dos fatores extrajurídicos a serem utilizados para formular a decisão, compreendendo aqui a história, a psicologia e a sociologia (Habermas, 2020, p. 260).

Na visão de Habermas (2020, p. 261-262), como o fator jurídico é deslocado para um segundo plano, questões políticas, ideológicas e de poder, orientadas pelo utilitarismo, podem subjugar o próprio direito, que acaba sendo igualado à política e destituído de segurança jurídica. Portanto, na análise habermasiana, o realismo jurídico não proporciona qualquer solidez às decisões judiciais, o que culmina na impossibilidade de se

solucionar a tensão entre a capacidade funcional do direito e os participantes da comunidade jurídica. Em última análise, a função de o direito realizar a estabilização comportamental acaba sendo esvaziada, pois o querer político do julgador se transformará em algo preponderante. Dessa forma, para o frankfurtiano, o fato de o realismo jurídico não entregar parâmetros para a estabilidade da decisão se torna algo extremamente problemático – entrega essa com que a dita escola sequer está comprometida.

Já os positivistas divergem quanto à perspectiva dos realistas, pois conferem primazia à estabilização de condutas a partir de um sistema de regras, pelo qual o direito e os demais elementos que lhe são externos são separados. Os dois principais expoentes do positivismo são Hans Kelsen e H. L. A. Hart, cujas teorias estão engajadas no fechamento do sistema jurídico, em maior ou menor grau, às questões morais, valendo-se de uma norma jurídica de categoria especial. Como dito anteriormente, o grau de fechamento varia, pois Kelsen, pela norma fundamental, promove um fechamento completo do ordenamento jurídico, configurando o chamado positivismo não inclusivista. De seu turno, Hart abre espaços, mediante a regra de reconhecimento, para que questões morais impregnem o direito positivo, o que o coloca na vertente do positivismo inclusivista (Habermas, 2020, p. 262-263).

Para Kelsen (1998, p. 141-160), a unidade do ordenamento jurídico decorre de um pressuposto lógico, denominado de norma fundamental hipotética e que fundamenta as demais normas. Assim, a teoria kelseniana pode ser representada a partir do desenho de uma pirâmide normativa, de modo que a norma de hierarquia superior irá conferir, por via do escalonamento, a validade das demais normas inferiores. As operações normativas são regidas pelos valores lícitos/ilícitos e justos/injustos.

No que concerne à interpretação, Kelsen (1998, p. 249-251) diz que somente aqueles autorizados e investidos de poder para promover a interpretação autêntica é que podem aplicar o direito. Nesse caso, a figura que detém competência para tanto é o juiz. A interpretação se dá pela subsunção da norma ao caso concreto, como um ato de vontade pelo qual o conteúdo da norma é desvelado pelo julgador. Dessa maneira, o juiz cria o direito no caso concreto, ao passo que a ciência do direito elenca, em um viés descritivo, as interpretações e os sentidos possíveis.

De seu turno, Hart (2001, p. 91) dirá que o direito corresponde a um sistema de regras primárias e secundárias. Pela via das ações humanas, as regras secundárias trazem diretrizes para a aplicação e modificação das regras primárias. As regras primárias ou regras de obrigação que representam os modais deônticos, que sinalizam as condutas

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

humanas que são proibidas, permitidas e obrigadas. Como nas sociedades complexas as regras primárias são insuficientes, a modificação do sistema jurídico será viabilizada pela mediação das regras secundárias, pois determinam os processos de criação, modificação e extinção das regras de obrigação. Para fundamentar o sistema, Hart (2001, p. 111-113) emprega a figura da uma regra secundária de reconhecimento, a partir da qual se verificam a validade e a aceitabilidade do direito pela sociedade.

Como a validade das normas não se mostra apta a garantir, por si só, a racionalidade das decisões, Habermas (2020, p. 263-264) observa a insuficiência do positivismo jurídico; afinal, a segurança jurídica, sem o suporte de outros elementos, não avaliza a correção do direito. Não obstante, em caso de “lacunas” – inexistência de normas aptas a solucionar o caso concreto –, a segurança jurídica cede espaço para o decisionismo, pois os juízes irão preencher esses espaços discricionariamente, com as próprias visões acerca do caso em análise, valendo-se, muitas vezes, de preferências pessoais.

Em face dessas críticas, é justificado o recurso, por Habermas, à obra de Dworkin, pois é esse o elemento que permitirá ao frankfurtiano observar a perspectiva interna do juiz perante os aspectos jurídicos e os requisitos mínimos da decisão judicial, cujo preenchimento se dá pela via da interpretação reconstrutiva e do romance em cadeia. Nesse conspecto, Habermas saca a solução básica para resolver o problema da racionalidade do discurso jurídico, ou seja, tratar da tensão entre legitimidade e segurança jurídica na decisão judicial (Baxter, 2011, p. 109-110).

Contudo, Habermas encontrará em Günther um aporte para criticar certos pontos da teoria de Dworkin que, em seu entendimento, merecem reparos. Disso virá a superação do solipsismo que impregna o pensamento dworkiano e trará à baila a diferença entre os discursos de fundamentação e de aplicação das normas, o que desloca a questão normativa no campo jurisdicional do eixo da validade para o da adequação (Simioni, 2007, p. 189-190).

Feito esse breve introito dos alicerces da perspectiva habermasiana sobre a decisão judicial, entende-se que a abordagem deste trabalho se mostra justificada. Logo, o estudo seguirá para analisar, na próxima seção, a teoria dos direitos de Ronald Dworkin, delimitando quais são as ideias principais veiculadas pelo autor. Em ato contínuo, o trabalho irá abordar a teoria de Klaus Günther quanto à cisão dos discursos de fundamentação e de adequação. A análise reconstrutiva que será feita de ambos os teóricos visa palmilhar os conceitos utilizados por Habermas em sua contribuição autoral para a filosofia do direito e a teoria da decisão judicial.



### 3. O direito como integridade na teoria de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin é um jurista norte-americano que critica o positivismo e, a partir dessas censuras teóricas, abre caminho para um novo modelo de interpretação e de aplicação do direito. No desenho desse modelo, Dworkin partirá da junção entre moral política e direito, valendo-se da entrançadura entre a democracia, a política e a justiça (Simioni, 2014, p. 323-325). As críticas de Dworkin (2002, p. 27-29) ao positivismo estão situadas em três pontos principais: 1. o sistema jurídico não pode ser resumido a regras; 2. o direito não pode ser aplicado discricionariamente; 3. as ditas “lacunas” do sistema jurídico não podem ser preenchidas sem qualquer parâmetro jurídico.

Por meio dos chamados casos difíceis, Dworkin (2002, p. 35-36) demonstrará a insuficiência do direito estruturado exclusivamente por regras, contraponto o pensamento de Hart. Para tanto, a abordagem dworkiana empregará os princípios e as políticas como institutos que, com as regras, estruturam o direito. Dessa forma, Dworkin (2014, p. 612-621) promove a reaproximação entre direito e moral, pois são sistemas complementares de regulação de condutas, já que o primeiro é composto por regras oriundas do legislativo e princípios, enquanto o segundo corresponde às normas universais e imperativas. Com efeito, o direito se transforma em um ramo da moral política, cuja distinção só é materializada pela figura da autoridade estatal, o que gera direitos legislativos e jurídicos – os segundos exigíveis de forma judicial, independentemente do legislador. Inclusive, vale salientar que essa relação entre direito e moral muito se aproxima da ideia de cooriginalidade formulada por Habermas (2020, p. 268).

Dworkin (2002, p. 35-36) afirma que o modelo positivista de regras é insuficiente para descrever a resolução dos ditos *hard-cases* ou casos difíceis. Trata-se de casos em que não há resposta no direito e que configuram aquilo que os positivistas descreveriam como uma lacuna, seja pela ausência de norma aplicável, seja pela insuficiência da única norma existente. Para garantir a integridade do ordenamento, Dworkin propõe uma argumentação jurídica com base em princípios para a resolução dos casos difíceis.

Pensando nessa perspectiva, Dworkin (2002, p. 36-44) trabalha com a tríade normativa de regras, princípios e políticas. As regras expõem comandos básicos, que resolvem os casos fáceis e cuja aplicação se dá pelo tudo ou nada, independentemente das exceções. Como as exceções já estão previstas na regra, importará somente se ela é

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

válida ou não. De seu turno, os princípios são exigências de cunho moral, que detêm um conteúdo abstrato, como os ideais de justiça ou da equidade. Os princípios servem como trunfos políticos para o cidadão, pois podem reivindicar direitos a partir da fundamentação principiológica. Diante dos casos difíceis, os princípios serão utilizados para guiar o julgador rumo à única resposta correta. Por fim, as políticas são padrões que estabelecem uma finalidade a ser alcançada para imprimir melhorias para a sociedade e que guiam o exercício do Poder Legislativo.

Dworkin (2002, p. 41-45) afirma que há uma dificuldade em reconhecer, diante do caso concreto, se determinada norma se comporta como uma regra ou como um princípio. Pensando na relação entre essas duas espécies normativas, Dworkin conclui que elas podem ser aplicadas independentemente uma da outra, mas faz a ressalva que é possível identificar uma dependência de certas regras em relação aos princípios.

Diferentemente dos legisladores, que podem empregar argumentos políticos na criação dos direitos, os juízes não detêm legitimidade para tanto, necessitando recorrer aos argumentos de princípio. Ora, o Poder Judiciário não é um delegado do Poder Legislativo, de modo que os princípios são um recurso necessário para criar os direitos e resolver o julgamento dos *hard-cases*. Com efeito, além de proporcionar uma base de legitimidade argumentativa ao juízo, há de se lembrar que o direito não pode ser aplicado de maneira retroativa (Dworkin, 2002, p. 129-131).

Os princípios não são de aplicação automática, devendo ser preenchidos em seu conteúdo moral e sopesados diante das circunstâncias do caso concreto. Cabe ao intérprete verificar qual o princípio aplicável e qual será seu conteúdo moral. Os juízes, ao recorrerem aos princípios, esquivam-se das questões políticas e afirmam sua legitimidade argumentativamente, o que lhes permite adiantar uma inovação que seria veiculada pelo legislador. Os juízes, diferentemente dos legisladores, não são eleitos, daí não poderem tomar decisões exclusivamente políticas. Contudo, ao decidir por princípios, o julgador, em tese, protege as liberdades dos cidadãos (Dworkin, 2002, p. 132-133).

Dworkin (2002, p. 158-163) afirma que o juiz é como um participante em um jogo de xadrez, de modo que deverá seguir as regras do jogo e decidir de acordo com as determinações institucionais; afinal, a textura aberta das regras jurídicas não confere liberdade ao juízo para legislar conforme bem entender. O recurso aos princípios, como moralidade política, evita que o julgador decida politicamente, de maneira discricionária. Além disso, os cidadãos são os titulares dos princípios; logo, amplia-se a

legitimidade da argumentação do julgador, a qual terá por dever indicar as razões para reconhecer ou negar o direito em análise.

A estrutura argumentativa de Dworkin (1999, p. 199-202) tem origem no ideário da integridade como a virtude que orienta os agentes morais dentro de um arcabouço único e coerente de princípios, o que resvala no próprio comportamento do Estado e da sociedade. Ora, a integridade será o cimento que provê coerência às demais virtudes – a equidade, a justiça e o devido processo legal – para determinar que casos semelhantes sejam tratados de maneira igualitária. Em relação às outras virtudes, a equidade norteia a distribuição democrática do poder estatal, a justiça avaliza a distribuição de recursos sociais e direitos ao cidadão, e o devido processo legal coordena a aplicação do direito.

A interpretação em Dworkin (2002, p. 165-171) tem base na filosofia política, consoante a legislação dever ser interpretada observando os argumentos empregados pelo legislador na época de sua produção. Daí o recurso ao método Hércules, juiz mítico que observará os princípios e as políticas aplicáveis, dentro do contexto histórico do caso. Ou seja, Hércules vai buscar como os princípios são desenvolvidos nos precedentes judiciais para então encontrar qual princípio será aplicado. Hércules deverá criar uma teoria de filosofia política para cada caso que for decidir, pois precisará compreender os fundamentos políticos que compõem o direito, partindo de uma reconstrução tanto do sistema jurídico em si quanto da história social.

Valendo-se do método Hércules, Dworkin (1999, p. 404-410) busca uma sistemática interpretativa que opere na interpretação tanto da legislação quanto dos precedentes judiciais. Para analisar os fundamentos políticos do Estado, Hércules se valerá da história social para identificar as explicações que justificam, a partir da integridade e da equidade, determinada postura do legislador. Por meio da equidade, Hércules conseguirá identificar a melhor interpretação possível tomando com base as convicções da comunidade expressas no processo legislativo e nos indícios da opinião pública.

Dworkin (1999, p. 275) irá sacar da literatura o comparativo para descrever o processo interpretativo dos juízes como uma junção entre criação e crítica. Afinal, aos julgadores incumbe compreender os institutos jurídicos e os princípios pertinentes à decisão judicial em confronto com a tradução jurídica. Portanto, Dworkin (1999, p. 276-278) lançará mão do romance em cadeia para garantir a integridade e a coerência do direito. O direito é como um grande livro escrito por vários autores, que são os juízes. Cada sentença corresponde a um capítulo; logo, para garantir a coerência do que será escrito, o juiz precisará ler – e argumentar com – todos os precedentes que lhe são

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

anteriores. Por isso que se trata de um modelo de interpretação reconstrutiva, pois cabe ao julgador reconstruir todo o ordenamento jurídico. Se estiver diante de um caso difícil, o juiz deverá aperfeiçoar o direito por meio da decisão a ser prolatada, levando em conta a história jurídica contada pelos precedentes (Dworkin, 2001, p. 235-241).

Com o objetivo de encontrar a melhor decisão para o caso em concreto e submeter a decisão do julgador ao dever jurisdicional de adequação, a aplicação do *romance* em cadeira é realizada em quatro momentos. No primeiro momento, Hércules seleciona as melhores interpretações para os precedentes aplicáveis e elenca quais as soluções jurídicas neles estão contidas. No segundo momento, Hércules compara cada possibilidade interpretativa com os princípios para descartar as interpretações irrelevantes. No terceiro momento, Hércules verifica a compatibilidade das interpretações que restaram ante o direito para produzir sua decisão. No quarto e último momento, Hércules finaliza a decisão e a confronta com a moralidade política vigente (Dworkin, 1999, p. 288-308).

Em linhas gerais, a ideia de Dworkin, ao defender a integridade e a coerência do direito, é evitar que os juízes tomem decisões discricionárias ao se depararem com os casos difíceis. Para Dworkin, não cabe ao juiz decidir de forma que prejudique o primado da segurança jurídica (Pereira, 2018, p. 135). Encerrada a análise de Dworkin, a próxima seção se ocupará de compreender a proposta de interpretação jurídica trazida por Klaus Günther.

#### 4. Klaus Günther e os discursos de fundamentação e de adequação das normas

Klaus Günther utiliza-se da ética discursiva, como trabalhada por Habermas, para tratar das pretensões de validade e de correção no âmbito argumentativo. Dessa maneira, Günther (2011a, p. 35-36) enxerga a argumentação como um procedimento que permite formular juízos imparciais e que é desenvolvido a partir do princípio da universalização. O construto de Günther almeja tratar do mencionado princípio no âmbito da escolha de normas corretas, na formação de decisões judiciais, considerando os elementos mínimos para uma racionalidade discursiva (Pedron; Ommati, 2020, p. 195-196).

Günther (1989, p. 156-158) utiliza o princípio do discurso para problematizar a existência de uma norma perfeita, a qual pressupõe recursos infinitos para uma devida justificação. Essa perfeição se materializa quando os proponentes conseguem prever



todos os cenários para a aplicação da norma em exame, o que se torna inviável em uma dinâmica discursiva concreta. Dessa maneira, as questões discursivas são deslocadas do campo da validade para o da adequação daquela norma ao caso concreto, promovendo, assim, uma cisão entre os discursos de justificação e de aplicação. Toda norma válida é aplicável *prima facie*, de tal sorte que as particularidades do caso concreto é que sinalizarão qual postulado normativo deverá incidir, por ser mais adequado aquela situação, nos limites dos interesses conflitantes.

No afã de fundamentar suas conjecturas, Günther (2011a, p. 37-38) recorre à racionalidade prática calcada nos sentidos forte e fraco do princípio da universalização. O sentido fraco do princípio da universalização desemboca nos discursos de aplicação, que fazem o alinhamento das pretensões de validade da norma com a situação na qual será aplicada, sob a ótica de interesse comum dos falantes.

Dessa maneira, Günther (2011a, p. 29-33) fará a entrançadura entre a validade – a aceitação da norma pelos destinatários perante suas preferências – e a imparcialidade do princípio universalizante. Dessa maneira, a validade e a adequação normativa dependerão de um procedimento no qual os destinatários aceitam ou refutam as consequências da aplicação daquela norma, dentro do contexto do caso em tela. Portanto, a norma será inserida em uma situação generalista e, logo em seguida, relacionada aos interesses e efeitos concretos para a conjuntura fática que é posta.

Uma das principais contribuições dos discursos de adequação, para a argumentação jurídica, está em resolver a indeterminação característica do direito produzido por sociedades complexas e plurais. Essa abordagem permite tratar tanto de normas *ad hoc*, cuja aplicabilidade não está condicionada a uma situação, quanto de normas perfeitas, que possuem toda a previsão dos fatos nos quais irão incidir. Dessa feita, a aplicação normativa dependerá de uma avaliação prévia da norma como válida e adequada. Em complemento ao exposto, os motivos concretos de aplicabilidade não são suficientes para o preenchimento do requisito de imparcialidade, sendo necessário que a avaliação normativa ocorra dentro do princípio de universalidade, como dito anteriormente (Günther, 2011b, p. 407-409).

Ao trazer sua teoria para o direito, Günther (2011a, p. 198-202) enxerga uma colisão entre as normas *prima facie*, que têm baixa coercitividade e são aplicáveis provisoriamente, e as normas absolutas, que trabalham na ponderação de deveres considerando todas as circunstâncias fáticas relacionadas ao caso. O conflito normativo suscitado será resolvido a partir dos discursos de aplicação, e, para viabilizar

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

esse construto, a abordagem guntheriana busca recursos na proposta de Robert Alexy quanto à ponderação.

Ao tratar da distinção entre princípios e regras, Alexy (2008, p. 90-97) consigna que a primeira categoria é composta por mandamentos de otimização, de aplicabilidade *prima facie*, ante as possibilidades de colisão principiológica. Por sua vez, a segunda categoria traz comandos que devem ser cumpridos, e, em caso de eventual conflito, é aplicada uma regra de exceção. O conflito de princípios está no campo da validade e envolve o balanceamento dos princípios colidentes, a partir do peso que cada um possui e das restrições que um impõe ao outro, identificando qual deverá preponderar para o caso em concreto.

A solução dada por Alexy (2015, p. 110-116) está no instituto da ponderação, o qual se divide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Pelo manejo da ponderação, são identificados os elementos jurídicos e factuais que envolvem os princípios, autorizando a intervenção estatal para equilibrar os mandamentos colidentes. Para tanto, é necessária a existência de uma meta de otimização que produzirá um resultado perante os interesses que estão em colisão. Há um elemento matemático, expresso pela regra de Pareto, de tal maneira que um princípio nunca irá anular por completo o outro, pois é possível determinar em qual proporção cada princípio irá incidir no caso concreto.

A proposta de Alexy é utilizada por Günther (2011a, p. 217-226) como paradigma para utilização dos discursos de adequação como mecanismos de solução das normas *prima facie*, tomando como fundamento os argumentos trazidos por cada um dos agentes para a escolha de uma ou outra norma, a partir de uma certa medida de verdade e, dentro do possível, de maneira mais próxima da unanimidade. Colhidos os argumentos, ocorre o esgotamento normativo, a partir do qual são descritas as normas aplicáveis que colidem no caso concreto. Terão potencial de aplicação as normas que estejam relacionadas ao caso concreto ou imprimam a ele uma consequência.

Para verificar as normas colidentes, Günther (2011a, p. 227-231) utiliza o fator da precedência identificado por Alexy, sem levar o debate para o campo da validade, consoante tratar-se de uma questão de adequação que nada tem a ver com elementos valorativos ou principiológicos. Assim, Günther tratará da coerência normativa a partir dos discursos de fundamentação que embasam as normas, de tal maneira que as normas colidentes devem ser válidas. Com efeito, a norma adequada deverá estar dentro

do panorama mencionado, de tal sorte que é racionalmente justificada pela sociedade e apresenta compatibilidade com a situação concreta sob exame.

A separação dos discursos de fundamentação e de adequação impacta diretamente a aplicação do direito, pois a primeira espécie é produzida pelo legislador, ao passo que a segunda é de responsabilidade do intérprete do direito. As decisões judiciais permitem visualizar o corpo de normas válidas e os critérios de aplicação empregados. Cada discurso de aplicação deverá ser único, adotando o procedimento de argumentação de acordo com a situação, e deverá estar fora das questões de validade, ou seja, da abordagem do que é direito e daquilo que não é. O discurso de aplicação permitirá, na realidade, identificar os limites de aplicação das normas (Günther, 2011b, 420-421).

Dessa forma, Günther (1995, p. 36-45) vislumbra que a legitimidade da jurisdição ficará imbricada em um modelo que, de um lado, faz uma aproximação da vontade geral que embasa o direito e o processo judicial, e, de outro, tem uma independência funcional, pois legislação e jurisdição não se confundem. A pretensão do teórico é mitigar a dicotomia entre as legitimidades do legislador e do julgador, e, acima de tudo, liberar a vontade geral, permitindo que sejam preservados os direitos à liberdade, à igualdade e à autonomia política. Com efeito, a jurisdição deverá espelhar as mesmas regras procedimentais que tornam a legislação justa. Dentro de um caso concreto, são os discursos de adequação que concretizam essa proposta, a partir de um procedimento discurso dotado de racionalidade e de imparcialidade – daí ser possível afirmar que a origem da legitimidade do Parlamento e do Judiciário é a mesma, a despeito de se tratar de instâncias diferentes e independentes entre si.

Nos discursos de adequação, consoante afirma Günther (1995, p. 47-53; 2011a, p. 268-274), há variações na maneira de fundamentar a adequação da norma, pois prevalece a divisão dos destinatários em potencial daqueles que não o são. É nessa última categoria que Günther enquadra o juiz, como um terceiro imparcial, que representa o corpo de normas válidas e que possui um ônus argumentativo perante as partes do processo e a própria sociedade civil, em especial pelo potencial de as decisões judiciais se tornarem, futuramente, precedentes judiciais. Disso, Günther irá se aproximar de Dworkin, pois exigirá que haja, como pressuposto argumentativo, o igual respeito aos cidadãos, a imparcialidade do juízo na escolha das normas e o dever de tratar casos semelhantes de uma mesma maneira.

Tendo palmilhado a teoria de Günther, é possível reconstruir, de maneira segura, a proposta de interpretação feita por Habermas, que irá se valer, em sua

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

construção, de elementos e perspectivas oriundos tanto da teoria dworkiana quanto da teoria guntheriana, a despeito de fazer inserções pontuais de outros juristas. Dessa maneira, a próxima seção deste artigo estará ocupada em compreender como se dá a interpretação judicial procedimental e quais são os eventuais déficits existentes no pensamento habermasiano.

## 5. A aplicação do direito procedimental em Jürgen Habermas e seus limites

Habermas coletará um alicerce fundamental das elucubrações dworkiana e guntheriana. São esses dois juristas que permitirão a Habermas construir uma resposta para a tensão entre facticidade e validade, a qual se projeta no processo de interpretação e aplicação do direito (Dutra, 2006, p. 18-19). A intenção de Habermas é garantir que a autonomia do cidadão seja respeitada no processo de aplicação do direito da mesma maneira que deve ser no processo legislativo. Daí a relação entre a legitimidade do direito e as condições procedimentais que serão inseridas no discurso jurídico (Simioni, 2007, p. 202-203).

Com Dworkin, Habermas (2020, p. 266-274) encontrará nos princípios a justificação externa da decisão e a possibilidade de associar o princípio do discurso com o plano interpretativo, o que viabiliza a superação da indeterminação do direito a partir de uma decisão ideal. De sua vez, a justificativa interna é dada pelo modelo reconstrutivo dworkiano e, assim como a perspectiva externa, poderá ser avaliada a partir de padrões de coerência argumentativa.

Contudo, para Habermas (2020, p. 275-280), o grande problema de Dworkin é que o juiz Hércules é demasiadamente teórico e pouco prático, ainda que consiga produzir uma decisão correta a partir dos princípios e da história institucional do direito. A partir desse viés normativo e idealista, o juiz dworkiano é acometido de dificuldades metodológicas ao ser colocado em prática, em especial quando seu ônus argumentativo se torna tal que a atividade de reconstruir todo o direito vigente se transforma em uma tarefa impossível. É nesse momento que Habermas propugna o recurso à divisão dos discursos de Günther, pois somente assim é possível identificar as colisões de princípios, que ocorrem naturalmente no sistema jurídico, dentro de uma situação concreta.

A intuição dworkiana de uma única decisão correta será reconstruída, a partir conjuntura guntheriana, em um circuito procedimental, de modo que o único



resultado possível deverá ser aquele que é construído procedimentalmente (Simioni, 2007, p. 200-201). No conspecto habermasiano, de um lado, a validade das normas será imbricada na sua construção procedimental imparcial, aplicáveis a um caso concreto. De outro lado, as normas adequadas são as responsáveis por realizar o processo de fundamentação decisório, ao concretizar a norma geral, dentro das razões normativas existentes (Habermas, 2020, p. 281-282).

É necessário salientar que Habermas não absorve a totalidade da teoria de Günther, pois considera que, se levada às últimas consequências, os discursos de adequação e de fundamentação colocam em risco a segurança jurídica. Afinal, se exacerbados, os discursos podem transferir a coerência do direito para os casos de possível aplicação, o que pode gerar problemas quanto ao vínculo de consistência da decisão com o direito vigente (Dutra, 2006, p. 26-27).

Aliás, no que toca à segurança jurídica, Habermas assimila o instituto a uma ponderação dentro do próprio caso concreto, para evitar uma sobrecarga reconstrutiva, consoante a concepção clássica de segurança jurídica ser impossível de ser aplicada pela indeterminação do direito. Com efeito, a solução está no recurso ao paradigma procedimental do direito e à sua interpretação abstrata do sistema jurídico, o que permitirá trazer um grau de consistência para as decisões judiciais a serem produzidas (Baxter, 2011, p. 111-112).

Na visão habermasiana, outro ponto problemático de Dworkin está na ausência de diálogo do juiz Hércules, cuja perspectiva solipsista e o fardo argumentativo que carrega tornam ainda mais impossível do modelo ser aplicado na prática. O juiz Hércules não pode, na visão do frankfurtiano, assumir todo o ônus argumentativo, decidindo, de forma quase paternalista, em nome do cidadão. Como solução, Habermas (2020, p. 287-289) propõe uma reconstrução, pelo agir comunicativo, da teoria da integridade de Dworkin. Dessa maneira, Habermas irá buscar uma aproximação com a concepção de *status activus processualis* de Peter Häberle (2002, p. 13-43), pois é necessária uma abertura argumentativa do Poder Judiciário para que o cidadão atue como um participante ativo do jogo argumentativo. Isso é fundamentado e operacionalizado pelo direito fundamental, do cidadão, a procedimentos discursivos no Poder Judiciário, como pré-interpretar e destinatário da norma. Deverá haver, dessa maneira, um uso público da razão no campo dos processos judiciais, notadamente pela participação dos destinatários da decisão judicial na sua construção.

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

Afora isso, a decisão judicial não pode ficar, como identifica Habermas (2020, p. 289-291), apoiada puramente em padrões processuais que sustentem a legitimidade da interpretação judicial. Nesse ponto, Habermas refuta Owen Fiss (2007, p. 201-226), para quem os padrões decisórios formam uma gramática profissional, que servem para tornar o direito objetivo e que permitem realizar a correção da decisão, a partir do emprego dos valores fundamentais da sociedade e que transcendem o próprio intérprete. Para Fiss, o recurso a esses elementos seria suficiente, por si só, para garantir um padrão ou *standard* argumentativo para as decisões judiciais.

Como existe o elemento monológico do juiz Hércules e os padrões profissionais são insuficientes para satisfazer a fundamentação interna da argumentação jurídica, Habermas (2020, p. 291-295) propõe o emprego de uma teoria argumentativa que possibilite uma aceitação racional dos enunciados pelos participantes do jogo argumentativo. Daí Habermas considerar os elementos procedimentais minimamente necessários para uma busca cooperativa pela verdade e que permitam ao melhor argumento, que será o vencedor do da argumentação jurídica, ser aquele que embasará a decisão produzida procedimentalmente. Dessa maneira, Hércules se transforma em uma construção provisória e que será submetida às condicionantes procedimentais, embutidas no princípio do discurso e que deflagram as forças motivacionais contidas no melhor argumento, as quais se materializam na dita busca cooperativa pela verdade.

No segundo momento, com o recurso aos discursos de aplicação, Habermas (2020, p. 296-297) consegue identificar as perspectivas dos atores processuais e promover o deslocamento para o julgador. Desse ponto, Habermas fará uma breve passagem na teoria de Aulis Aarnio (1987, p. 186-192) para inserir a fundamentação das decisões como um requisito para a racionalidade do direito e sua legitimidade, dentro de condições discursivas preestabelecidas. Portanto, o procedimento discursivo deverá ser aceitável, e ao julgador caberá se justificar perante toda a comunidade de parceiros do direito, que é formada pelos destinatários da decisão.

Ao optar pela vertente de Aarnio, Habermas renuncia à racionalidade oriunda das regras gerais de justificação, como propostas por Robert Alexy (2001, p. 189-192), pelas quais todos os atores deverão indicar assertivamente as razões adotadas. Esse afastamento se dá para evitar prejuízos à única decisão correta, pois essas regras, na leitura de Habermas, são insuficientes para tratar da indeterminação do direito, o que gera um ciclo argumentativo que se projeta infinitamente (Dutra, 2006, p. 28-30).

Ao cotejar todas as ideias dos juristas aqui mencionados, Habermas (2020, p. 298-300) enxerga dois fundamentos para sua teoria da interpretação. O primeiro está na insuficiência dos discursos jurídicos fechados, de modo que devem se manter abertos às questões de ordem pragmática, ética e moral que possam contribuir para a legitimidade das decisões. Já o segundo consiste em adotar condições comunicativas para assegurar a correção das decisões a partir da imparcialidade do juízo. Reitera-se, aqui, a percepção de que a única decisão correta é aquela que pode ser obtida procedimentalmente, dentro de uma sistemática comunicativa alinhada com as questões fáticas dos destinatários do direito, permitindo ao juiz fazer um juízo imparcial.

Com esse movimento, Habermas evita reduzir os discursos jurídicos a discursos morais, pois a fundamentação das normas válidas nasce com o Poder Legislativo e evita a falácia da tese do caso especial de Alexy (Dutra, 2006, p. 27). A separação entre os discursos jurídicos e os discursos morais permite resguardar o direito institucionalizado dentro de procedimentos comunicativos, já que os discursos jurídicos compensam a incerteza do direito por meio da razão comunicativa. Esse trabalho é feito pelo direito processual que fornece o norte para os aspectos procedimentais do discurso jurídico, permitindo que a argumentação jurídica se desenvolva dentro dos elementos sociais, temporais, objetivos e institucionais (Habermas, 2020, p. 302-303).

O conteúdo dos discursos jurídicos ventilado pelos atores processuais irá embasar o fundamento das decisões proferidas pelos tribunais, respeitando os processos de reinterpretação do sistema jurídico no afã de concretizar o primado da coerência do direito. De outro giro, os argumentos apresentados, ao longo do processo, não podem ser afetados por influências externas. Por fim, é possível submeter a decisão produzida a um processo de autorreflexão, o qual é realizado por meio da sistemática recursal que devolve a matéria para que instâncias superiores do tribunal avaliem o teor do que foi julgado (Habermas, 2020, p. 304-306).

Em síntese, as decisões judiciais, para Habermas (2020, p. 303-305), devem ser corretas, pois racionalmente aceitáveis pelos seus destinatários, a partir da participação argumentativa em sua construção. De igual maneira, as decisões judiciais também devem ser consistentes, por serem compatíveis com o ordenamento jurídico. Trata-se aqui, respectivamente, dos polos da validade e da facticidade, que correspondem, respectivamente, à satisfação da legitimidade da decisão e da segurança jurídica.

De forma a instrumentalizar a produção de decisões corretas e consistentes, Habermas (2020, p. 303-306) confia ao processo civil dois requisitos que devem ser

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

cumpridos. Portanto, no nível pragmático do processo judicial, as decisões judiciais devem ser produzidas dentro de um procedimento argumentativo regulamentado que é regido pelo direito processual. Como procedimento argumentativo, no campo da validade, o processo judicial deve ser discursivo e argumentativo para englobar todos os argumentos deduzidos pelos seus destinatários e enfrentá-los para ensejar a vitória do melhor argumento e chegar à decisão correta. Já no campo da facticidade, o processo deve ser regulamentado pelo direito a partir da legislação que define os ritos processuais.

Dessa maneira, pelo viés argumentativo, é possível a confecção de uma decisão legítima, cabendo ao magistrado enfrentar todos os argumentos deduzidos. Vale salientar que não cabe ao processo interferir no conteúdo da argumentação, somente disciplinar os canais comunicativos processuais. Por sua vez, o processo deverá conter um procedimento regulamentado e institucionalizado, de tal maneira que cabe à legislação processual prever como a marcha processual será desenvolvida (Habermas, 2020, p. 303-305).

Afora os elementos já mencionados, é possível concluir que Habermas (2020, p. 159) considera o direito como um discurso jurídico institucionalizado, que reconstrói o ordenamento jurídico a partir do princípio do discurso, visando sanar interesses colidentes. Por isso, o frankfurtiano emprega o conceito de pressupostos argumentativos que tentem gerar, dentro do possível, uma situação ideal de fala e que são mediados por atos de fala regulativos.

O limite da proposta interpretativa de Habermas reside na ausência de aprofundamento quanto à teoria de decisão, consoante o referido teórico fazer, em linhas gerais, uma reconstrução procedimental de Ronald Dworkin (Coelho, 2014, p. 338-339). Contudo, ainda que essas percepções desencorajem, em um primeiro momento, o recurso da teoria habermasiana de interpretação, é preciso compreender que há, na realidade, um farto espaço para ser trabalhado para além das palavras de Habermas. Inclusive é esse espaço que viabiliza a discussão sobre a aplicabilidade do modelo procedimental habermasiano no direito processual vigente no Brasil.

## 6. Conclusões

Ao desenhar um modelo de interpretação para o direito, Habermas faz a inserção do agir comunicativo no âmbito dos discursos jurídicos, o que resulta em um paradigma procedimental do direito. Dessa maneira, as questões intrínsecas à elaboração direito



são desdobradas para a sua aplicação, mormente a necessidade de produzir decisões judiciais legítimas e que respeitem a segurança jurídica.

Com isso, Habermas propugna um modelo de decisão particular, que pretende superar os problemas característicos da hermenêutica jurídica, do positivismo jurídico e do realismo jurídico, pois tais vertentes são incapazes, em sua visão, de assegurar simultaneamente as pretensões de correção e validade das decisões judiciais. O ponto de partida está em reconstruir a teoria dos direitos de Ronald Dworkin, tomando-a como base para encontrar a resposta da única decisão correta. Assim, Habermas recorre aos conceitos do juiz Hércules e do romance em cadeia, o que insere os princípios e a própria reconstrução do ordenamento jurídico como peças-chave da interpretação jurisdicional.

Com efeito, Habermas reconhece os limites existentes nas teorias de Dworkin, em especial quanto ao caráter monológico do juiz Hércules e à dificuldade de realizar esse projeto pela sobrecarga argumentativa que é posta nos ombros do julgador. Para mitigar esse fator, Habermas sugere a inserção do agir comunicativo para fazer uma reconstrução procedimental do juiz Hércules, de modo que ele divida seu ônus argumentativo com os destinatários da decisão.

De outro giro, Habermas se valerá de Günther para tratar da divisão entre discursos de adequação e discursos de validade, com o afã de demarcar o espaço de inserção da decisão judicial no primeiro tipo discursivo. O objetivo aqui é delimitar a argumentação jurídica dentro de uma situação concreta, evitando, mais uma vez, sobrecargas argumentativas e fugindo, também, de abordagem reducionista que confundem os discursos jurídicos com os discursos morais.

Assim, Habermas identificará que a única decisão correta é aquela construída de forma procedimental, com a busca cooperativa da verdade pelos autores processuais que devem agir comunicativamente com o juiz, sujeito imparcial que irá construir de maneira dialógica a decisão. A baliza para a atuação do julgador será dada pelo direito processual, que estruturará os procedimentos discursivos a serem adotados sem, contudo, influenciar no conteúdo ou caráter dos argumentos. Haverá um imperativo para que o juiz fundamente suas decisões, servindo esse elemento com o mecanismo de controle da argumentação jurídica desempenhada ao longo do processo.

Dentro desse aparato, será possível obter decisões corretas, consistentes e embasadas no melhor argumento, o qual será proveniente dos embates discursivos sobre a norma mais adequada para o caso concreto, dentro o corpo de normas válidas - ou sobre a própria validade da decisão, quando se tratar de um *hard-case*. Todavia, Habermas não

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

leva esse modelo decisório às últimas consequências e nem aprofunda seus estudos na temática para além do quinto capítulo da obra *Facticidade e validade*, de tal maneira que deixa um espaço para ser preenchido a partir de novas pesquisas jurídicas, em especial quanto aos elementos do discurso jurídico como um discurso institucionalizado e à abordagem discursiva do direito processual.

## REFERÊNCIAS

- AARNIO, A. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987.
- ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BAHIA, A. G. M. F. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, M. A. C. (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357.
- BAXTER, H. *Habermas: the discourse theory of Law and democracy*. California: Stanford University, 2011.
- COELHO, A. L. S. Facticidade e validade no processo judicial. In: *Anais do 9º Colóquio Habermas*, 2013. Rio de Janeiro: Salute, 2014. p. 335-350.
- DIMOULIS, D. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DUTRA, D. J. V. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. *Veritas*, Porto Alegre, v. 51, n. 1, p. 18-41, mar. 2006.
- DWORKIN, R. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, R. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FISS, O. *El derecho como razón pública*. Traducción: Esteben Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- GADAMER, H. G. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GÜNTHER, K. A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification. *Ratio Juris*, v. 2, n. 2, p. 155-166, July 1989.

GÜNTHER, K. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, p. 36-54, Apr. 1995.

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

GÜNTHER, K. The pragmatic and functional indeterminacy of law. *German Law Journal*, v. 12, n. 1, p. 407-429, Jan. 2011b.

HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, J. Discurso de agradecimento. In: FRANKENBERG, G.; MOREIRA, L. (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 329-339.

HABERMAS, J. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEDRON, F. Q.; OMMATI, J. E. M. *Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom*. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

PEREIRA, C. A. M. P. *Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018.

SIMIONI, R. L. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.

SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SUMMERS, R. S. *Instrumentalism and American legal theory*. London: Cornell University, 1982.