

A racionalidade da jurisdição e a crítica de Habermas ao juiz Hércules de Dworkin

Jurisdiction rationality and the Habermas' critic to the Dworkin's Hercules judge

João Carlos Valentim Veiga Junior

Discente do Programa de Mestrado em Direito do
Centro Universitário Salesiano de São Paulo.
E-mail: veiga.junior@live.com.

José Marcos Miné Vanzella

Doutor em Filosofia.
Pesquisador e docente do Programa de Mestrado em Direito do
Centro Universitário Salesiano de São Paulo.
E-mail: enimine@gmail.com.

Resumo: Este artigo, com metodologia de pesquisa bibliográfica reconstrutiva, aborda as teorias do direito de Ronald Dworkin e de Jürgen Habermas. Procura esclarecer a crítica de Habermas ao modelo hermenêutico reconstrutivo do juiz Hércules de Dworkin, principalmente no que corresponde à atuação do juiz singular. Tem por objetivo demonstrar a pertinência da interpretação discursiva do direito e sua incompatibilidade com uma interpretação monológica focada na figura do juiz Hercules. Estruturado em dois tópicos, inicialmente aborda-se a teoria dworkiniana; depois, analisa-se a teoria habermasiana e suas críticas. Concluir-se-á como importante a participação da sociedade nas decisões judiciais, como meio de torná-las efetivamente equitativas.

Palavras-chave: Ronald Dworkin; Jürgen Habermas; teoria do direito; teoria do discurso; racionalidade da jurisdição.

Abstract: This paper, with reconstructive literature methodology, discuss the theories of right of Ronald Dworkin and Jürgen Habermas. It seeks to clarify the Habermas' critic to Dworkin's reconstructive hermeneutic model of Hercules judge, mainly the performance of the single judge. It aims to demonstrate the relevance of law's discursive interpretation and its incompatibility with a monological interpretation focused on the Hercules judge's figure. Structured in two topics, first it deals with the Dworkin's theory, then, it analyzes Habermas' and its criticism. It will be concluded how important the participation of society in judicial decisions, as a means to make them truly equitable.

Keywords: Ronald Dworkin; Jürgen Habermas; law's theory; speech act theory; Jurisdiction rationality.

Sumário: INTRODUÇÃO; 1 A TEORIA DO DIREITO E O JUIZ HÉRCULES NO PENSAMENTO DE DWORKIN; 2 A TEORIA DO DIREITO, AGIR COMUNICATIVO, DISCURSO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SEGUNDO HABERMAS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Este artigo, desenvolvido com metodologia de pesquisa bibliográfica, hermenêutica reconstrutiva, tem por escopo abordar, de forma sucinta, a teoria do direito elaborada por Ronald Dworkin seguida da teoria do discurso de Jürgen Habermas. Apresenta-se em especial

as críticas feitas por Habermas ao modelo dworkiniano, principalmente no que corresponde à atuação do juiz singular, ou Juiz Hércules (na visão de Dworkin), sem a participação social nas decisões.

Desta feita este trabalho insere-se na reflexão do grupo de trabalho: “Direitos Humanos na Sociedade Contemporânea”. O faz na medida em que, por meio da reflexão sobre o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional e da ação dos magistrados com sua respectiva responsabilidade pública, se contribuir para o aprimoramento do direito fundamental a justiça, que abre as portas para a efetivação dos demais direitos fundamentais que concretizam direitos humanos.

Inicialmente, o trabalho apresenta a teoria de Ronald Dworkin, formulada em *Taking Rights Seriously*, obra da década de 1970, na qual o autor pretendia solucionar os problemas deixados por outros teóricos, principalmente positivistas, no concernente à resposta correta a casos de difícil solução deixados ao apreço do Poder Judiciário. Aqui ele cria a figura mitológica do Juiz Hércules, em que o juiz que tudo sabe, que dispõe de grandes ferramentas interpretativas, terá condições de atender a todas as demandas a ele apresentadas.

Em segundo momento, aborda-se a teoria do discurso – aliada ao agir comunicativo – do alemão Jürgen Habermas. Procura-se determinar como o autor recepciona a teoria reconstrutiva do direito de Dworkin e estabelece sua crítica a partir de sua teoria discursiva do direito, baseada em sua teoria do agir comunicativo.

Por fim procura-se justificar a importância da participação social nas decisões judiciais, visando a equidade dos processos.

1 A TEORIA DO DIREITO E O JUIZ HÉRCULES NO PENSAMENTO DE DWORKIN

O tema dos princípios é um dos mais discutidos na teoria do direito. No contexto norte americano atual, Ronald Dworkin foi um dos primeiros teóricos do direito a trabalhar este tema profundamente e de forma inovadora, abrindo espaço para novas perspectivas (MONICA, 2008, p. 30).

Ronald Dworkin busca solucionar os problemas deixados por filósofos positivistas, como Herbert Hart, ao fazer crítica a esta e as outras teorias, apresentando que dentro do ordenamento jurídico existem mecanismos que são capazes de dar uma resposta correta para cada caso, de modo que a sua teoria foi uma tentativa de se resolver o problema da tensão entre os princípios da justiça e da segurança jurídica, conforme afirma Monica (2008).

Nesta crítica ao positivismo, Dworkin elabora um esboço sintetizado da doutrina positivista por meio de três teses centrais:

A **primeira tese** defende que há um teste para se descobrir quais regras fazem parte do direito. Dessa maneira, o conjunto das regras de uma comunidade, que é denominado “direito”, será identificado e distinguido com o auxílio de critérios específicos, de testes de pedigree verificadores das normas válidas da comunidade. A **outra tese** é a do poder discricionário do juiz (judicial discretion), baseada na equiparação entre o conjunto das regras e “o direito”, de modo que se algum caso não for acobertado por uma dessas regras, então ele não poderá ser resolvido mediante a “aplicação do direito”, mas por um tipo de discricionariedade do julgador. A **última tese** refere-se ao conceito de obrigação jurídica e ressalta que quando o juiz decide mediante sua discricionariedade, ele não faz valer um direito jurídico, pois uma pessoa só tem obrigação jurídica quando o seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa (MONICA, 2008, p. 30-31, grifos nossos).

Há que se verificar ainda que, conforme explica Ikawa (2004, p. 113):

[...] o sistema interpretativo monofásico de Dworkin se sobrepõe ao de Hart. Ao permitir a escolha, pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”, propondo, ao mesmo tempo, a existência de um dever legal do juiz de analisar de modo mais abrangente as fontes da lei, inclusive no que toca a princípios não convencionais; torna a lei capaz de alcançar mesmo casos difíceis, fornecendo a esses casos critérios mais objetivos do que o mero recurso à discricionariedade em sentido forte. Torna, ainda, a lei capaz de alcançar casos difíceis, sem retirar do juiz a discricionariedade em sentido fraco.

Dworkin reestabelece ainda, conforme expressa Sarmiento (2014, p. 7), “uma conexão entre o direito e a ética a partir da distinção do modelo de regras e princípios, em que o sistema jurídico passa a ser composto não somente por regras, mas também por princípios que incorporam uma interpretação moral na solução de determinados casos”.

Indica Dworkin, então, que as regras são aplicáveis ao modo do “tudo-ou-nada”, ou seja, ou ela tem validade, de modo que a sua resposta deve ser aceita, ou ela é inválida, não influenciando ou contribuindo em nada com a decisão, já que não deve ser aceita sua resposta (MONICA, 2008).

Diferentes, os princípios, contudo, que não deixam de estar no sistema, mas sim que eles não foram relevantes para o caso em particular e, portanto, viram-se afastados para dar lugar a um outro que forneça uma melhor justificação, como demonstra Monica (2008).

Segundo Habermas:

[...] a teoria dos direitos, elaborada por Dworkin, pode ser entendida como a tentativa de se evitar as falhas das propostas de solução realista, positivistas e hermenêuticas, bem como através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências de segurança do direito e aceitabilidade racional (1997, p. 251-252).

O modelo de Dworkin, no entender de Habermas (2003a), se trata de um direito positivo, composto por regras e princípios, que asseguram, por meio de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração, buscando ainda o autor “defender a ideia de revisão judicial sufragada por uma comunidade de princípios e interpretada por uma leitura moral da Constituição feita pelo julgador” (SARMENTO, 2014, p. 5).

Dworkin, ao reconhecer os princípios jurídicos como tipos particulares de padrões, diferentes das regras, distingue duas orientações a serem adotadas em relação a eles:

A primeira trata os princípios da mesma maneira que as regras jurídicas, o que os faz terem obrigatoriedade de lei e serem observados pelos juízes e juristas ao decidirem sobre obrigações jurídicas, pois o direito é composto tanto por regras quanto por princípios. Em contrapartida, a outra orientação nega que os princípios possam ser obrigatórios como as regras o são, e os juízes, nos casos em que vão além das regras que estão obrigados a aplicar, estão, na verdade, trabalhando com princípios extrajurídicos e por isso não estão obrigados a aplicá-los (MONICA, 2008, p. 32).

Para Galdino (2016), essa construção da atuação de um juiz-filósofo permite uma compreensão exemplificativa e sólida da possibilidade de dar uma resposta correta a cada caso, construindo-se, nesse caso de forma clara, não exclusivamente a hipótese de incidência do direito aplicável, como também as características da jurisdição onde o Juiz Hércules de Dworkin, tem atuação repleta de casos difíceis, como se verá adiante.

Juiz Hércules é a figura criada por Dworkin que se torna responsável por solucionar corretamente as questões de grande complexidade, sendo, para ele, importante o modo como os juízes julgam os casos. O Juiz Hércules, como componentes de um saber ideal, “conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação, ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos” (HABERMAS, 2003a, p. 263).

Deve-se considerar que a estrutura do pensamento dworkiniano passa por:

[...] uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira (DWORKIN, 2002, p. 119).

Assim a validade do direito provém da atividade interpretativa realizada pelos julgadores, unindo “os discursos de aplicação e justificação [...] em um só sistema jurídico. Os princípios decorrem da atividade interpretativo-reconstrutiva do juiz” (SAAVEDRA, 2006, p. 74), verificando-se que Dworkin “articula uma hierarquia nos dois argumentos ao

declarar que os princípios em sentido estrito prevalecem sobre as decisões coletivas, por basearem-se em fundamentos morais” (SARMENTO, 2014, p. 8).

Pressupõe-se, então que “quando o juiz analisa o caso e nota a possibilidade de aplicar mais de uma norma, a escolha entre as interpretações normativas deve ser aquela que melhor se harmonize com o papel e o sentido das instituições, bem como com a moral da sociedade” (SARMENTO, 2014, p. 9).

No que concerne aos princípios, Dworkin diferencia a competição da contradição de princípios, portanto, de modo que a coerência do sistema jurídico leva a um entendimento não arbitrário de prioridades, em que ambos ou um conjunto de princípios concorrem, segundo Dutra (2006, p. 20).

Conforme afirma o próprio Dworkin (2007, p. 117):

[O julgador, o Juiz Hércules] utiliza seu próprio juízo para determinar que direitos têm as partes que a ele se apresentam. Quando esse juízo é emitido, nada resta que se possa submeter a suas convicções ou à opinião pública. [...] Contudo, quando Hércules fixa direitos jurídicos, já levou em consideração as tradições morais da comunidade, pelo menos de modo como estas são capturadas no conjunto do registro institucional que é sua função interpretar.

É importante compreender que a consideração das tradições morais se dá a partir do conjunto institucional, o que remete aos princípios fundamentais e à Constituição. Conrado (2008) expõe que, para Dworkin:

[...] o juiz pode transcender a letra da norma jurídica, desde que se funde em argumentos de princípio e respeito a integridade do direito. A transposição desta teoria para o plano do controle de constitucionalidade, traz consigo não apenas o debate sobre como o juiz deve aplicar a lei, mas a grave possibilidade de ele extirpá-la da legislação estatal. Deixa de ser discussão adstrita à teoria da adjudicação. O problema da democracia, mais velado no primeiro caso, e o conflito entre a Suprema Corte e o Congresso tornam-se retumbantes (p. 40).

Desde logo, portanto, Dworkin visa desmistificar um equívoco gerado pela possibilidade do juiz dizer, em cada caso concreto, qual a resposta moral verdadeira: a de que assunção dos valores pessoais e as convicções íntimas do magistrado se sobrepõem as escolhas coletivas provenientes do sistema político vigente (SARMENTO, 2014).

Com isso, o juiz Hércules poderá revogar uma lei ordinária embasado no simples argumento de princípio, devendo, para isso, perscrutar o passado, presente e o futuro institucional da comunidade, na explanação de Sarmento (2014).

Por fim, tem-se que Dworkin aduz que a revisão judicial não é só pura e simplesmente compatível com a democracia, mas ainda se é desejável, defendendo que a compatibilidade se curva a uma característica ou aspecto fundamental, qual seja “a

legitimidade do controle de constitucionalidade reside no respeito aos direitos fundamentais, tendo em vista a busca pelo necessário acerto das decisões” (SARMENTO, 2014, p. 14).

Assim, “quando Dworkin fala de argumentos de princípios, que são tomados para a justificação externa de decisões judiciais, ele tem em mente, na maioria das vezes, princípios do direito que resultam da aplicação do princípio do discurso no código jurídico” (HABERMAS, 2003a, p. 256), que será abordado na teoria de Habermas.

2. A TEORIA DO DIREITO, AGIR COMUNICATIVO, DISCURSO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SEGUNDO HABERMAS

Habermas, com a sua teoria do discurso aplicada no direito, tentará superar e resolver os problemas apresentados até agora pelos outros teóricos, inclusive Dworkin, conforme expõe Dutra (2006, p. 19) que “[...] tal teoria tem que ser defendida numa perspectiva processual que traduza as suas exigências idealizadoras nos termos dos pressupostos pragmáticos da teoria discursiva”.

De acordo com Habermas, “a teoria dos direitos proposta por Dworkin é uma tentativa de combater as falácias realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, por meio de critérios deontológicos, a satisfação das exigências de segurança do direito e da aceitabilidade racional” (2003a, p. 252).

Na compreensão de Habermas (2003a), a teoria dworkiana tem por esteio a defesa de que existem pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, em razão de o direito positivo ter inevitavelmente assimilado pontos de vista morais.

Habermas (1992 *apud* DUTRA, 2006, p. 19), afirma que “a ética do discurso recupera, de certa forma, a norma fundamental de Dworkin, ou seja, a do igual respeito e consideração”. Para ele, porém, Dworkin levou às últimas consequências uma teoria do direito que se fez idealista, sobrecarregando demais o juiz com a tarefa da interpretação construtiva (MONICA, 2008). Essa sobrecarga começa com o problema de uma ética que pretende validade universal. No escrito do pensador alemão:

O projeto de Dworkin põe a descoberto o dilema no qual se enreda necessariamente qualquer ética que pretende validade universal no contexto do pensamento pós-metafísico. Na medida em que ela profere enunciados substanciais, suas premissas ficam presas ao contexto de surgimento de determinadas interpretações do mundo, ou até auto-interpretações pessoais; tão logo ela formaliza, sua substância passa a residir apenas na explicação do procedimento dos discursos éticos de auto-entendimento. (HABERMAS, 2003a, p. 93).

Porém, para Habermas, “pouco importa o modo como Dworkin entende a relação entre direito e moral: sua teoria dos direitos exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídica” (2003a, p. 256). Depreende-se que, apesar da divergência na compreensão do dilema ético, para o autor alemão “o conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que *os conteúdos* das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam” (HABERMAS, 2003a, p. 256). Em outro texto, bem mais recente leciona o mesmo autor, como se dá o cruzamento destes conteúdos: “[...] a dignidade humana [...] é [...] a fonte moral da qual os direitos fundamentais extraem seu conteúdo” (2012, p. 11). Ele explicita também como sua compreensão se desenvolve ao longo da história:

“A experiência de violação da dignidade humana tem uma função de descoberta – [...] em vista de condições sociais de vida insustentáveis. [...] À luz dos desafios históricos, em cada momento são atualizadas *outras* dimensões do sentido da dignidade humana” (HABERMAS, 2012, p. 14).

Por isso também pode afirmar que “a dignidade humana, que é uma e a mesma em todo lugar e para cada um, fundamenta a *indivisibilidade* dos direitos fundamentais” (2012, p. 16). Fica claro que o que muda é a interpretação do sentido da dignidade humana que exerce a função de princípio que ancora os direitos fundamentais. Neste sentido também afirma:

[...] a dignidade humana forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universal da moral é importado ao direito. A ideia da dignidade humana é a dobradiça conceitual que conecta a moral do respeito igual por cada um com o direito positivo e com a legislação democrática de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pôde emergir uma ordem política fundamentada nos direitos humanos (HABERMAS, 2012, p. 17-18).

Desse modo esclarece Habermas como os conteúdos morais e os princípios do direito se cruzam.

Ademais, uma das objeções feitas por Habermas ao modelo dworkiniano se refere à sua base, os princípios, e sua indeterminação, que possibilitaria nos *hard cases* a aplicação correlata de diferentes conjuntos de princípios, conforme destaca Dutra (2006, p. 20).

O papel da revisão judicial é o de propiciar a manutenção normativa da Constituição e prestar deferência aos procedimentos de produção legítima do direito, no entender de Habermas, pois, segundo Sarmiento (2014, p. 14):

Habermas procura, em grande medida, esclarecer as condições para a legitimação democrática do direito, como o fizeram outros importantes “legitimadores pelo procedimento”, seja na ciência do direito, Kelsen e Hart; seja na sociologia como Niklas Luhmann. Diferentemente de Dworkin, Habermas se situa no marco da teoria discursiva.

Habermas, ainda segundo Sarmiento (2014, p. 15) “sustenta uma reconstrução dos elementos formadores do Estado Democrático de Direito sob a perspectiva do viés procedimental, observando determinados pressupostos do agir comunicativo, em que todos os sujeitos são considerados livres e iguais”.

Habermas (2003b, p. 34), define “a facticidade como 'a positividade, a certeza e a previsibilidade do direito, suas conexões institucionais e seu aparelho coercitivo', já a validade como 'a legitimidade do direito e sua aceitabilidade racional’”.

Assim, Habermas (2002, p. 287) afirma que o Estado deve garantir:

[...] de um lado a legalidade do procedimento no sentido de uma observância média das normas que em caso de necessidade pode ser até mesmo impingida através de sanções, e, de outro, a legitimidade das regras em si, da qual se espera que possibilite a todo momento um cumprimento das normas por respeito à lei.

Para Saavedra (2006, p. 130):

Os direitos fundamentais à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador garantem as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Ou seja, fornecem ao destinatário da norma a condição de autor, de sujeito da norma. É somente através do código do direito que é dado preliminarmente que os sujeitos do direito podem exprimir sua autonomia. Por isso, para se fundamentar iguais direitos de participação e de comunicação, devemos adotar a postura da terceira pessoa do plural, e não da primeira.

Consequentemente, tem-se que a tensão entre facticidade e validade é exteriorizada no momento em que se aplica o direito, mormente por relacionar a formação discursiva do direito com o processo de decisão.

Afirma então que Habermas:

[...] advoga a distinção entre dois discursos: o da *fundamentação* e o da *aplicação*, pois enquanto as normas tem uma adequabilidade imediata – enquadramento do fato à norma –; incumbe ao Legislativo determinar as justificações morais, econômicas e culturais que validam as normas – critério de pertencimento. **Essa diferença é capital para a análise da jurisdição constitucional concebida por Habermas** (SARMENTO, 2014, p. 19, grifos nossos).

Conclusivamente, Sarmiento (2014, p. 21) dispõe que “há de ser dito que a teoria discursiva enxerga os direitos como normas deontológicas, assim o tribunal não pode, em nome de uma suposta consecução dos valores objetivos, assumir tarefas baseadas nos argumentos de justificação ou de caráter teleológicos”.

Habermas critica em especial a figura do juiz Hércules, aquele que tudo sabe, que supera o modelo do homem médio, principalmente por este juiz não dialogar.

O princípio de integridade caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. [...] É um princípio que obriga [...] a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade: [...] os cidadãos reconhecem mutuamente um sistema de direitos, o qual lhes garante autonomia privada e pública (HABERMAS, 2003a, p. 267).

Em seu teor monológico, a ideia do juiz Hércules entra em conflito com a compreensão discursiva e a integridade do direito. Como afirma o autor “a teoria do discurso atribui ao *próprio* procedimento da formação democrática da opinião e da vontade a força geradora de legitimidade.” O que o procedimento expressa é antes de mais nada a racionalidade pública que se desenvolve através da troca e revisão dos argumentos. Essa racionalidade não é exclusiva do poder legislativo, mas deve perpassar também o judiciário. A própria integridade do direito tem o seguinte pressuposto, segundo Habermas:

[...] os sujeitos constituintes querem fundamentar deliberativamente uma associação voluntária de parceiros de direitos livres e iguais *na linguagem do direito moderno*, eles só podem tomar sua primeira decisão soberana depois que se esclarecerem *in abstracto* a respeito de que espécies de liberdades subjetivas de ação eles precisam conceder-se mutuamente, antes de poder regular legitimamente uma matéria qualquer *com os meios do direito moderno* (2014a, p. 101).

O sentido reconstrutivo da construção coletiva do direito feito pelos parceiros do direito não se coaduna com uma decisão meramente monocrática. Segundo Habermas “o asseguramento igualitário da liberdade é, no sentido prático moral, um feito civilizador que se pode distinguir do aumento de efetividade das operações organizatórias do Estado administrativo moderno, 'dos institutos estatais modernos' no sentido de Weber” (2014 a, p. 104). Do exposto se esclarece por que Habermas afirma: “Isso sugere que se ancore as exigências ideias feitas à teoria do direito no ideal político de uma 'sociedade aberta dos interpretes da constituição', ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz” (2003a, p. 278). Pode-se, portanto, compreender com o autor que “a própria teoria do direito, atribuída a Hércules, teria que ser vista como uma ordem de argumentos *por enquanto* coerentes, construída *provisoriamente*, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta.” (HABERMAS, 2003a, p. 282). Essa crítica se estabelece institucionalmente dentro das próprias instâncias do poder judiciário, mas também fora, na esfera pública.

Segundo Michelman (apud DUTRA, 2006, p. 21), a quem Habermas acompanha neste ponto:

Hércules, o juiz mítico de Dworkin, evita outras pessoas. Ele é também excessivamente heróico. Suas construções narrativas são monólogos. Ele não conversa com ninguém, exceto através de livros. Ele não tem encontros. Ele não se

reúne com ninguém. Nada o estremece. Nenhum interlocutor viola o isolamento inevitável de sua experiência e perspectiva. Mas, depois de tudo, Hércules é só um homem. Ele não é toda a comunidade. Nenhum homem ou mulher pode ser toda a comunidade (MICHELMAN apud DUTRA, 2006, p. 21).

O Juiz Hércules dworkiniano não retrata a sua comunidade, pois com ela não estabelece qualquer tipo de diálogo.

Com relação à própria teoria do discurso, Habermas expõe que o interesse dos possivelmente afetados se mantém em segundo plano, já se levando em consideração quando da fundamentação das normas. Sobressai-se o interesse dos diretamente afetados, em primeiro plano (DUTRA, 2006, p. 22). Em suas palavras, Habermas exprime ainda “que as consequências e os efeitos colaterais, que respectivamente resultam (previsivelmente) da sua observância *universal* para a satisfação dos interesses de *cada* indivíduo possam ser aceites por *todos* (e preferidas às consequências das possibilidades de regulação alternativas) (2014b, p. 54). Para o filósofo:

“A 'correção' é uma pretensão de validade imanente à justificação, porque, em questões morais, o acordo alcançado discursivamente *não significa outra coisa* a não ser o alargamento discursivamente inclusivo da perspectiva de interpretação e avaliação adotada em comum” (HABERMAS, 2014b, p. 26).

Na sequência, ele apresenta seus apontamentos para um programa de fundamentação onde no item dois desenvolve o princípio de universalização como regra de argumentação. Neste texto, distingue a argumentação de participação, salientando no final que: “[...] a ideia da imparcialidade *está arraigada nas próprias* estruturas da argumentação, e não precisa de ser *introduzida nela do exterior*, como se de um conteúdo normativo adicional se tratasse.” (HABERMAS, 2014b, p. 66). Não é a participação da comunidade enquanto tal que importa na decisão, mas o conteúdo argumentativo, a validade trazida por ela ao debate.

Assim, é possível compreender por que as decisões do Poder Judiciário não podem se restringir ao entendimento do Juiz Hércules de Dworkin. Conforme explica Franco (2013, p. 10), no que compete ao “atual Judiciário brasileiro, claramente pós-positivista, este interfere diretamente na vida da coletividade, enquanto continua se organizando; no entanto, como na época dos liberais, conta ainda com pouquíssima participação popular efetiva”.

Ainda no mesmo sentido, Franco (2013, p. 13) afirma:

O modelo de decisão judicial atual é um padrão universal de uma tradição rígida. Contestá-lo soa como sacrilégio. Ora, se o mundo é realmente desconhecido e em constante mudança, é duvidosa a efetividade de um modelo que delega poderes a poucas pessoas sem o devido controle da coletividade.

Portanto, faz-se necessário o controle dos atos judiciais pela sociedade, conforme defendem Michelman e Habermas, já que “o uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial” (BARROSO, 2009, p. 392).

Há que se entender também que os juízes, ainda que não representantes do povo, tal como os membros do Poder Executivo e principalmente do Legislativo, ao emitirem decisões, devem emanar a vontade do povo, por meio da legitimação constitucional (FRANCCO, 2013).

Assim, é preciso arranjar meios de se incorporar a participação popular em causas jurídicas, de modo que a vontade da sociedade seja refletida.

CONCLUSÃO

Face às teorias existentes antes da teoria do direito de Dworkin, verifica-se uma certa evolução, quando da publicação de seu trabalho, visto que ele estabelece um sistema de tratamento de normas e princípios, pelo qual – diferente dos positivistas, em que se tem o tudo-ou-nada – estes não deixam de existir no caso concreto, pela simples aplicação de outro mais vantajoso. Na realidade, princípios cedem espaço para o mais adequado, naquele momento, naquele caso, de modo que os outros se “retraem”. Como se pôde verificar, Habermas assimila a ideia da reconstrução do sistema do direito de Dworkin, a partir do princípio da integridade do direito e do juízo fundado em princípios, para a afirmação de uma decisão justa, sua crítica ao positivismo e necessária ligação do direito com a moral.

Verificou-se que Dworkin cria a figura do Juiz Hércules, a quem compete dirimir todas as contendas levadas à apreciação judicial, onde esta figura mitológica seria capaz de “transcender a letra da norma”.

Tal figura passa a ser criticada por Habermas, já que, neste modelo, as decisões judiciais não têm a participação da sociedade, deixando as decisões como monocráticas, e solipsistas, num modelo ultrapassado, inadequado aos preceitos do Estado Democrático quando reconstruído em seus princípios na teoria de Habermas. O estado Democrático é pensado a partir da teoria discursiva do direito, a qual esclarece o nexos entre moral e direito e também remete o princípio de integridade do direito à comunidade dos intérpretes da Constituição, a qual, por sua vez, pensada a partir da teoria do agir comunicativo remete à

esfera pública crítica. Assim, entende-se ser primordial a participação, seja dos diretamente interessados nos processos judiciais, seja de terceiros interessados em causas de repercussão geral, a fim de possibilitar uma decisão mais equitativa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONRADO, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

DUTRA, Delmar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. **Veritas**, Porto Alegre, v. 51, n. 1, mar. 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1880/1401>>. Acesso em 30 maio 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Trad. Luiz Camargo Paulo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRANCCO, Rodrigo. Participação popular nas decisões judiciais. **Debate Virtual**, Salvador, n. 158, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2717>>. Acesso em: 26 maio 2016.

GALDINO, Matheus Souza Galdino. Jurisdição constitucional e teoria da decisão: Dworkin, Häberle e Habermas na democratização constitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4624, 28 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46694>>. Acesso em: 30 maio 2016.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

_____. **Sobre a constituição da Europa**. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

_____. **Na esteira da tecnocracia: Pequenos escritos políticos**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Unesp, 2014a.

_____. **Ética do discurso**. Trad. Lumir Nahodil. Lisboa: Biblioteca Nacional, 2014b.

IKAWA, Daniela R. Dworkin e discricionarietà. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, 2004.
Disponível em: <http://www.cedec.org.br/files_pdf/luanova/LN-61.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

MONICA, Eder Fernandes. A possibilidade de uma única sentença para cada caso. 2008.
160p. Dissertação. Mestrado (Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Vitor Seidel. O papel da jurisdição constitucional à luz das teorias de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Jeremy Waldron. **Derecho y Cambio Social**, Lima, ano 11, n. 35, 01 jan. 2014. Disponível em:
<http://www.derechocambiosocial.com/revista035/O_PAPEL_DA_JURISDICA0_CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em 30 maio 2016.