

## O PROBLEMA DA RACIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA EM HABERMAS

*The question of the rationality of jurisprudence in Habermas*

Mateus Salvadori<sup>1</sup>

### RESUMO

O problema da racionalidade na jurisprudência tem sido objeto de intensos debates na filosofia do direito, especialmente quando examinado à luz da teoria de Habermas. Este artigo propõe uma análise detalhada desse problema, centrando-se na articulação das correntes teóricas que giram em torno da questão da racionalidade na interpretação e aplicação do direito. Nosso objetivo é examinar como as correntes de pensamento abordam esse problema crucial e como suas ideias se relacionam e se contradizem. Quatro pontos serão investigados: i) a crítica de Habermas às quatro concepções exemplares do direito – hermenêutica jurídica, realismo, positivismo de Kelsen e de Hart – cada uma oferecendo abordagens distintas para o desafio da racionalidade na jurisprudência; ii) a proposta de Dworkin, que amplia as presunções de racionalidade das decisões judiciais para uma reconstrução racional do direito vigente; iii) a crítica de Habermas à teoria do Juiz Hércules de Dworkin, incluindo concordâncias pontuais, propondo substituir ideais por paradigmas e integrando uma compreensão procedimentalista do direito para aliviar o juiz das complexas tarefas de análise situacional; iv) a proposta de Habermas, que desafia a abordagem monológica centrada em um único juiz, como Hércules, propondo uma integração discursiva mais ampla no sistema de direitos, enfatizando a importância da aceitabilidade racional das sentenças judiciais e desafiando a teoria do caso especial de Alexy.

**Palavras-chave:** Jurisprudência. Direito. Justiça. Habermas. Dworkin.

### ABSTRACT

The problem of rationality in jurisprudence has been the subject of intense debates in the philosophy of law, especially when examined considering Habermas' theory. This article proposes a detailed analysis of this problem, focusing on the articulation of theoretical currents that revolve around the issue of rationality in the interpretation and application of law. Our objective is to examine how currents of thought approach this crucial problem and

---

<sup>1</sup> Universidade Caxias do Sul. E-mail: [mateusalvadori@gmail.com](mailto:mateusalvadori@gmail.com)  
CADERNOS PET, V. 15 , N. 29



how their ideas relate to and contradict each other. Four points will be investigated: i) Habermas' critique of the four exemplary conceptions of law – legal hermeneutics, realism, Kelsen's and Hart's positivism – each offering distinct approaches to the challenge of rationality in jurisprudence; ii) Dworkin's proposal, which expands the presumptions of rationality of judicial decisions to a rational reconstruction of current law; iii) Habermas' critique of Dworkin's Judge Hercules theory, including specific agreements, proposing to replace ideals with paradigms and integrating a proceduralist understanding of law to relieve the judge of the complex tasks of situational analysis; iv) Habermas' proposal, which challenges the monological approach centered on a single judge, like Hercules, proposing a broader discursive integration in the system of rights, emphasizing the importance of the rational acceptability of judicial sentences and challenging the theory of Alexy's special case.

**Keywords:** Jurisprudence. Right. Justice. Habermas. Dworkin.

## INTRODUÇÃO

Habermas, no capítulo V da obra *Facticidade e Validade*, intitulado “Indeterminação do direito e racionalidade da jurisprudência”, diz que a tensão inerente ao direito entre facticidade e validade se reflete na jurisprudência como um embate entre o princípio da segurança jurídica e a busca por decisões corretas. Ele sustenta que uma teoria da justiça diretamente normativa enfrenta o problema da relação entre ideia e realidade, uma vez que o direito vigente visa garantir segurança jurídica e legitimidade da obediência jurídica. Para ele, no exercício da decisão, ambas as garantias têm que ser, simultaneamente, resgatadas, visto que os juízos emitidos precisam satisfazer as condições de aceitabilidade racional e das decisões consistentes. Logo, duas séries de critérios são considerados: o princípio da segurança jurídica e a pretensão de legitimidade da ordem jurídica. Habermas estabelece que ambos devem ser fundamentados racionalmente a fim de que sejam aceitos pelos membros do direito.

A análise das críticas de Habermas à hermenêutica, ao realismo e ao positivismo jurídico revela uma compreensão multifacetada e complexa das abordagens filosóficas sobre o direito. Ao tensionar as relações entre facticidade e validade, Habermas destaca a necessidade de uma reflexão contínua sobre a racionalidade e legitimidade do sistema jurídico. A hermenêutica enfatiza a interpretação contextualizada e historicamente situada, o realismo ressalta a influência de fatores extrajurídicos nas decisões judiciais e o

positivismo busca fundamentar a validade do direito em critérios formais ou sociais. No entanto, cada abordagem apresenta limitações que Habermas identifica e questiona, ressaltando a importância de considerar não apenas a funcionalidade do sistema jurídico, mas também sua capacidade de garantir a correção e a justiça.

Dworkin, com sua teoria dos direitos, supera as limitações das teorias realista, positivista e hermenêutica, ao buscar um ideal de integridade que concilia segurança jurídica e aceitabilidade racional. Ele defende a existência de uma “única decisão correta” para cada caso, fundamentada em princípios reconhecidos, e destaca a importância dos conteúdos morais na interpretação do direito. Ao criticar o pressuposto de um sistema jurídico autonomamente fechado, Dworkin propõe uma interpretação construtiva do direito, que incorpora considerações éticas, morais e políticas na argumentação jurídica. Apesar de Habermas reconhecer a contribuição significativa de Dworkin, ele não a considera totalmente satisfatória, mas sim como a melhor base para desenvolver sua própria proposta original.

Habermas critica a teoria do Juiz Hércules de Dworkin, argumentando que sua abordagem é pretensiosa e ultrapassa limites humanos, mas concorda com a ideia de que o juiz ideal conhece princípios e objetivos válidos. Ele propõe uma reformulação substituindo ideais por paradigmas, integrando uma compreensão procedimentalista do direito, aliviando o juiz das complexas tarefas de análise situacional. Essa abordagem amplia a teoria do Juiz Hércules, permitindo múltiplas interpretações coerentes para um caso específico.

Na interseção entre teoria jurídica e filosofia política, emerge uma discussão crítica sobre a viabilidade de uma teoria do direito ideal, exemplificada pelo conceito do Juiz Hércules, proposto por Dworkin. No entanto, Habermas desafia essa perspectiva monológica ao enfatizar a importância da intersubjetividade no discurso jurídico, criticando a insularidade do modelo de Hércules e propondo uma abordagem discursiva que integra a pluralidade da classe judicial e valoriza a correção dos juízos normativos baseada em bons argumentos.

## **A CRÍTICA DE HABERMAS À HERMENÊUTICA, AO REALISMO E AO POSITIVISMO**



facticidade e validade. Essa obra, segundo Reese-Schäfer<sup>2</sup>, seria a filosofia do direito de Habermas, não no sentido de uma sistematização ou sintetização, como presente em Hegel, mas tão somente em tornar transparentes os conceitos fundamentais. Segundo Dupeyrix, Habermas

manifesta em sua maneira de filosofar uma abertura a diferentes tradições de pensamento, e soube realizar uma síntese fecunda entre filosofia continental (principalmente alemã, em torno da tríade Kant-Hegel-Marx, à qual se pode acrescentar a sociologia de Max Weber) e filosofia norte-americana (em torno do pragmatismo de Peirce, de Mead, de Putnam, da teoria da linguagem de Austin, assim como da filosofia política de Rawls e Dworkin), o que singulariza seu empreendimento filosófico e lhe confere uma dimensão dinâmica e inovadora.<sup>3</sup>

Segundo Pinzani, quando *Facticidade e Validade* foi publicado em 1992, “o livro foi saudado como o fim de um silêncio decenal: finalmente, a Teoria Crítica teria pisado o chão da filosofia do direito e do Estado”.<sup>4</sup> Isso, contudo, salienta Pinzani, “é verdadeiro somente em parte, quer no que concerne à Escola de Frankfurt clássica (...), quer no que concerne ao próprio Habermas”<sup>5</sup>, pois há, em outros textos de Habermas, o debate sobre direito e a política.

O problema de investigar a racionalidade da jurisprudência se apresenta na tentativa de desvendar como garante-se, ao mesmo tempo, segurança jurídica e correção, visto que a aplicação do direito é feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo. Para tal, nesta perspectiva, Habermas analisa três alternativas para tratamento da questão central: (i) a hermenêutica jurídica, (ii) o realismo e (iii) o positivismo jurídico.

(i) Na Europa continental, a hermenêutica filosófica de Gadamer (1997) passou a exercer influência significativa sobre os juristas, sobretudo na Alemanha. Habermas cita Willfrid Hassemer e Joseph Esser como referências da “Jurisprudência Hermenêutica”. É possível acrescentar outros nomes, como Peter Härbele, Friedrich Müller, Konrad Hesse, Martin Kriele, Karl Larenz etc. Tal movimento teria sido responsável por desbancar o mito da subsunção de normas jurídicas aos casos concretos. O direito não existiria como algo

<sup>2</sup> REESE-SCHÄFER, WALTER. *Compreender Habermas*. Petrópolis, Vozes, 2009.

<sup>3</sup> DUPEYRIX, Alexandre. *Compreender Habermas*. São Paulo: Edições Loyola, 2012, 12-13.

<sup>4</sup> PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 138.

<sup>5</sup> PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 138-9.

pronto e auto evidente, cuja aplicação aos casos se daria de modo mecânico. Os processos interpretativos relacionariam o intérprete, o material jurídico e estados de coisas, de modo bem mais complexo, o que não implica renunciar à racionalidade nesse campo.

Gadamer recupera a ideia aristotélica de saberes prudenciais, que só se dão na concretude, inexistindo aí uma regra capaz de regular sua própria aplicação. A isso acrescenta a dinâmica circular do processo compreensivo. Ele sempre parte de pré-compreensões do intérprete, mas estas se modificam via o diálogo com o outro (os textos, as pessoas, o mundo).

No direito, esse diálogo concretiza a norma, relacionando os textos legais, o intérprete e os estados de coisas. Para Habermas, isso é capaz de gerar uma legitimação do direito a partir de seu alinhamento a padrões interpretativos que emergem da história, que seriam os princípios. Elimina-se a indeterminação do direito por sua inserção em um contexto, que refinaria os sentidos cabíveis até chegar na norma para o caso. Contudo, esse tipo de legitimação ficaria limitado a critérios provenientes das práticas efetivas de uma comunidade, o que lançaria sobre a Jurisprudência Hermenêutica a suspeita de um conservadorismo – aqui entendido no sentido de uma total determinação da interpretação pela história, tornando-a incapaz de corrigir injustiças.

(ii) O realismo jurídico é uma versão radical dessa inserção do direito em contextos, renunciando a quaisquer idealizações sobre sua racionalidade. O direito seria apenas o que os tribunais dizem que ele é, sem que haja fundamentos racionais e deontológicos por trás disso. Assim, o campo jurídico não teria uma lógica própria, que o diferenciasse da política. Nesse ponto, o realismo jurídico aproxima-se dos Estudos Jurídicos Críticos, da Escola do Direito Livre e da Jurisprudência dos Interesses.

As interpretações judiciais seriam resultado de influências extrajurídicas e o máximo que se poderia fazer seria descrever isso, a partir de análises empíricas, ou prescrever decisões a partir de critérios utilitaristas, que tenta maximizar o bem-estar econômico. Desta maneira, renuncia-se o ideal de segurança jurídica e de compromisso com decisões anteriores.

Habermas critica o realismo jurídico porque o mesmo negligencia a dimensão normativa do direito, ou seja, o aspecto de validade e legitimidade que é fundamental para



a compreensão completa do sistema jurídico. Segundo ele, os realistas não conseguem apresentar uma alternativa plausível como combinar a capacidade funcional do sistema jurídico com a consciência dos participantes envolvidos nos processos, renunciando, portanto, a pretensão de estabilizar expectativas, que, como dito, é uma das funções substanciais do direito.

(iii) O positivismo jurídico, de Kelsen<sup>6</sup> e Hart<sup>7</sup>, principalmente, tentaria salvar a racionalidade jurídica, renunciando a ideais de legitimação e baseando-a em critérios de validade a partir de outras regras. Em Hart, isso remete à regra de reconhecimento socialmente compartilhada pelos usuários do direito, em suas práticas verbais convergentes. Sua metodologia é elaborada a partir da noção wittgensteiniana dos “jogos de linguagem”. Isso implica, também, admitir um espaço para o decisionismo, nas zonas de penumbra da linguagem. Em casos difíceis, quando a regra jurídica não for clara, o juiz atua com liberdade, como se fosse um legislador intersticial.

Habermas também desaprova o positivismo porque o mesmo apresenta uma visão limitada do direito, argumentando que a indeterminação e a abertura para a interpretação são elementos intrínsecos do sistema jurídico e não podem ser reduzidos a um conjunto fixo (regra de reconhecimento, de Hart, por exemplo). Para ele, a interpretação positivista tem como consequência uma espécie de eclipse entre a garantia da segurança jurídica e a garantia de correção.

## **A CRÍTICA DE DWORKIN À SOLUÇÃO REALISTA, POSITIVISTA E HERMENÊUTICA**

Segundo Habermas, a teoria dos direitos de Dworkin<sup>8</sup> superaria as demais ao buscar um ideal de integridade, que concilia o valor da segurança jurídica com a aceitabilidade racional – a história e a justiça.

Contra o realismo, Dworkin se atém tanto à necessidade quanto à

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>7</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>8</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

possibilidade de decisões consistentes vinculadas a regras e que garantam um grau suficiente de segurança jurídica. Contra o positivismo, defende a necessidade e a possibilidade de uma ‘única decisão correta’ a cada caso, cujo conteúdo (e não apenas a forma de seu procedimento) é legitimado à luz de princípios reconhecidos.<sup>9</sup>

Por fim, Dworkin superaria também a Jurisprudência Hermenêutica, ao enfatizar que os princípios jurídicos que dão legitimidade às decisões se emancipam do contexto histórico em que surgiram, através de uma (re)construção racional sobre o que é justo.

A teoria dos direitos de Dworkin repousa sobre a premissa de que os pontos de vista morais cumprem um papel na jurisprudência porque o direito positivo assimilou conteúdos morais de modo inevitável. Para uma teoria discursiva do direito, que parte da ideia de que razões morais também penetram no direito por meio do processo democrático de legislação, assim como das condições de equidade na formação de compromissos, essa premissa não denota nenhuma surpresa. Ainda assim, ela carece de alguma explicação, uma vez que os conteúdos morais, ao serem *traduzidos* para o código jurídico, experimentam uma mudança de seu significado em decorrência da especificidade da forma jurídica.<sup>10</sup>

Objetivando esclarecer o argumento, Habermas explora o significado jurídico de conteúdos morais do direito e incorpora a sociologia política proposta por Bernhard Peters, que considera o amplo espectro de variação que os conteúdos morais atingem. Conforme Habermas, na classificação estabelecida por Peters, conteúdos morais são resultado da reação dos membros do direito e refletem na categorização penal de escalonamento jurídico do conteúdo moral (assassinato, homicídio, lesão corporal, sequestro, roubo).

Habermas salienta que o direito não é dissociado de conteúdos morais, uma vez que normas jurídicas refletem valores e princípios éticos. É necessário considerar os conteúdos de raiz política ao interpretar o direito. Quando Dworkin aborda o uso de argumentos de princípio na justificação externa de decisões judiciais, ele geralmente se refere a princípios jurídicos que surgem da aplicação do “princípio do discurso” ao código legal. Os princípios do Estado e o sistema de direitos são indiscutivelmente influenciados pela razão prática,

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 264.

<sup>10</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 265.



mas principalmente na maneira única como isso se manifesta no contexto do princípio democrático. A substância moral dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado de direito pode também ser explicada pelo fato de que as normas essenciais do direito e da moral, ambas fundamentadas no mesmo princípio do discurso, se entrelaçam de maneira significativa. Segundo Habermas, Dworkin dá à abordagem hermenêutica uma virada construtiva.

Seja qual for o modo como Dworkin concebe a relação entre direito e moral, sua teoria dos direitos demanda uma compreensão deontológica das pretensões de validade jurídicas. Com isso ele rompe o círculo no qual a hermenêutica jurídica se via enredada com seu recurso aos *topoi* historicamente aceitos de um *éthos* tradicional. Dworkin dá à abordagem hermenêutica uma virada construtivista. Partindo de uma crítica ao positivismo jurídico, particularmente a sua tese da neutralidade (a) e ao pressuposto de um sistema autonomamente fechado (b), ele desenvolve suas ideias metodológicas de uma ‘interpretação construtiva’ (c).<sup>11</sup>

Habermas salienta que Dworkin questiona a suposição de que a legitimidade do direito se baseia apenas na legalidade do processo de criação das normas. “O discurso jurídico é independente da moral e da política somente no sentido de que os princípios morais e as finalidades políticas também têm de ser traduzidos à linguagem neutra dos direitos, conectando-se assim ao código jurídico.”<sup>12</sup>

Por trás dessa convergência aparente no código legal, há uma complexa noção de validade do direito legítimo, o que explica por que em casos de decisões baseadas em princípios, são consideradas razões que vão além da legalidade, incluindo considerações de ordem pragmática, ética e moral, que são incorporadas na argumentação jurídica. Dworkin examina como, com base em precedentes bem conhecidos no direito anglo-saxão, especialmente nos Estados Unidos, os juízes lidam com situações em que o direito é indeterminado, recorrendo sistematicamente aos princípios morais e aos objetivos políticos subjacentes para tomar suas decisões.

Dworkin crítica o pressuposto de um sistema autonomamente fechado: “Na

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 268.

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 268.

continuação, com auxílio da distinção entre ‘regra’ e ‘princípio’, Dworkin explica a insuficiência da concepção de direito que Hart instaura na base de sua tese sobre a autonomia.”<sup>13</sup> Através da análise do papel desempenhado pelos argumentos de princípio e daqueles que definem as finalidades na prática das decisões judiciais, bem como ao revelar essa categoria especial de normas no próprio sistema jurídico, Dworkin alcança um nível de fundamentação que vai além das tradições jurídicas estabelecidas, o que é essencial para a sustentação do direito positivo. Para Dworkin, o direito deve ser compreendido como um processo de interpretação construtiva. Aqui é possível comparar esse processo com a interpretação de um crítico literário, mas diferentemente dele, que preocupa-se com a avaliação estética, o direito preocupa-se com a avaliação político-moral.

Segundo Habermas, a teoria dos direitos de Dworkin evitou as falhas das teorias realistas, positivistas e hermenêuticas e garantiu, simultaneamente, segurança jurídica e aceitabilidade racional. Apesar disso, Habermas não considerou a teoria de Dworkin totalmente satisfatória, tomando-a somente como a melhor base já existente, a partir da qual poderia desenvolver sua proposta original.

## A CRÍTICA DE HABERMAS À TEORIA DOS DIREITOS DE DWORKIN

Habermas<sup>14</sup>, examinando a abordagem que Dworkin realizou em relação à interpretação e aplicação do direito, faz as seguintes perguntas: quais são as características necessárias a um juiz que irá julgar casos difíceis? Como a prática da decisão judicial pode conciliar tanto o princípio da segurança jurídica quanto a busca pela legitimidade do Direito?

Dworkin, na obra *O Império do Direito*<sup>15</sup>, responde a essas indagações criando o Juiz Hércules. Habermas critica o Juiz Hércules de Dworkin chamando a sua teoria de pretensiosa.<sup>16</sup> Habermas até concorda com alguns pontos da teoria de Dworkin sobre o Juiz

---

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 269.

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 273.

<sup>15</sup> DWORKIN, R. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>16</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 274.



Hércules, como, por exemplo, o que ele denomina de “dois ingredientes de um saber ideal” – ele conhece todos os princípios e objetivos válidos necessários à justificação; ao mesmo tempo, possui uma visão completa da densa rede de elementos do direito vigente, entrelaçados por elos argumentativos”.<sup>17</sup> Porém, logo tece críticas a Dworkin, tais como: a) a extraordinária capacidade argumentativa de Hércules, que ultrapassa os limites humanos; b) a possibilidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos; c) a necessidade de classificar criticamente a massa do direito positivo e de corrigir “erros”.<sup>18</sup>

Segundo Habermas, a proposta de Dworkin provocou forte controvérsia, pois gira em torno da questão sobre a possibilidade de entendermos “exigências ideais como expressão de uma ideia regulativa pela qual os juízes precisam se orientar caso pretendam fazer jus ao télos inscrito na jurisprudência moderna – ou se estariam medindo o processo de decisão judicial por um falso ideal.”<sup>19</sup> Eis três rodadas de objeções:

a) Tais considerações são abaladas pelo teor realista (realismo jurídico) do *Critical Legal Studies Movement* (CLS), movimento que busca questionar e desafiar as estruturas e as normas do sistema jurídico dominante, examinando o direito a partir de uma perspectiva crítica e interdisciplinar. Conforme Habermas, na visão do CLS, ao considerarmos que juízes são seres de carne e osso, portanto, aquém da figura ideal caricata de Hércules, toda confirmação prática de decisão judicial pode ser considerada parcialmente ideológica, visto que passam por um processo de racionalização da interpretação reconstrutiva. Segundo Habermas, a tentativa de explicação dessa objeção é respondida por Dworkin a partir do conceito de integridade, o qual aponta que as ordens jurídicas modernas convergem para a ideia de Estado de direito, proporcionando um ponto firme para a hermenêutica;

b) Na segunda rodada de objeções, Habermas examina as críticas feitas por Dworkin ao positivismo jurídico, que considera o direito apenas como um conjunto de regras estabelecidas pelas autoridades competentes. Habermas explica que os críticos de Dworkin tentaram provar que Hércules é um programa irrealizável.

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 274.

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 275.

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 276.

Dworkin responde a essa ressalva com a observação sumária de que os críticos negligenciam a diferença decisiva entre princípios que entram em colisão no caso particular e princípios que se contradizem entre si (...). Klaus Günther tornou essa indicação precisa ao diferenciar, nos termos da lógica da argumentação, ‘discursos de fundamentação’ e ‘discursos de aplicação’.<sup>20</sup>

Pressupondo a lógica da argumentação, Günther considerou que nos casos jurídicos típicos, não entram em jogo apenas *regras*, mas também *princípios*, observando que os críticos esqueceram a diferença decisiva presente na teoria dworkiniana;

c) Segundo Habermas, a proposta de Günther é “elegante”, pois acena que a postulada teoria do direito dworkiniana continua tendo a tarefa de reconstruir racionalmente o direito vigente de tal modo que este permita uma decisão correta de cada nova aplicação. Aqui Habermas apresenta uma reformulação da proposta de Dworkin. Habermas recorda que o papel do direito é congregar expectativas de comportamento estáveis contra a pressão da variação histórica a fim de garantir segurança jurídica, resolvendo, portanto, o sugestivo problema da retroatividade. Habermas propõe a substituição dos ideais pelos paradigmas. Assim, conforme Habermas, a complexidade desta tarefa é reduzida à compreensão jurídica paradigmática, na qual os *paradigmas* contêm descrições generalizadas de determinadas situações. A existência destes ajudariam a aliviar o Hércules dworkiniano das complexas tarefas de análise situacional de uma maneira mais completa possível.

Tais paradigmas desoneram Hércules da supercomplexa tarefa de aplicar, a olho nu e sem mediações, um conjunto desorganizado de princípios aplicáveis apenas *prima facie* às características relevantes de uma situação apreendida da forma mais completa possível.<sup>21</sup>

Habermas expande além da Teoria do Juiz Hércules de Dworkin ao integrar uma compreensão procedimentalista do Direito. Os paradigmas jurídicos fixo e alternativo se interligam, revelando uma multiplicidade de interpretações igualmente coerentes para um caso específico.

---

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 280.

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 286.



## DO PROBLEMA DO SOLIPSISMO DE DWORKIN À TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

Até agora, as críticas dirigidas ao sentido e à viabilidade de uma teoria do direito ideal, destinada a fornecer “a melhor interpretação judicial possível dos direitos e deveres, da história institucional e da estrutura política de uma comunidade constituída”<sup>22</sup> conforme o direito do Estado constitucional, basearam-se na suposição de que essa teoria é atribuída a um único autor – o juiz em questão, que adotou Hércules como modelo.

As respostas que Dworkin<sup>23</sup> ofereceu, ou poderia oferecer, aos seus críticos, suscitam as primeiras dúvidas sobre a viabilidade de manter esse princípio monológico. O ponto de vista da integridade, no qual o juiz reconstrói o direito vigente de maneira racional, reflete uma concepção do Estado de direito que tanto a jurisdição quanto o legislador político adotam no ato fundacional da constituição e na prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. Segundo Habermas, “Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos, a partir da qual se legitimam deveres judiciais, e a perspectiva do juiz que reivindica um privilégio cognitivo e que, ao final, tem de confiar apenas em si mesmo quando sua interpretação diverge de todas as demais.”<sup>24</sup>

A perspectiva monológica se torna ainda mais insustentável quando se leva em consideração o papel necessário de paradigmas jurídicos como redutores da complexidade, como faz Günther. Pois a compreensão paradigmática do direito apenas pode restringir a indeterminação do processo decisório teoricamente dirigido e garantir um grau suficiente de segurança jurídica se for intersubjetivamente compartilhada por todos os parceiros do direito e expressar uma autocompreensão constitutiva da identidade da comunidade jurídica.<sup>25</sup>

As objeções de Frank Michelman, jurista americano, contra o solipsismo da concepção de Dworkin abrem caminho para uma teoria intersubjetiva do discurso jurídico.

---

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 287.

<sup>23</sup> DWORKIN, R. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>24</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 287.

<sup>25</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 289.

“A tese de que o discurso jurídico deve ser concebido como um caso especial do discurso (de aplicação) moral, surgida nesse contexto, não é inteiramente adequada frente à complexidade da relação entre a justiça e a legislação.”<sup>26</sup> Segundo Michelman (citado por Habermas),

o que lhe falta é diálogo. Hércules (..) é um solitário. E excessivamente heroico. Suas construções narrativas são monológicas. Ele não conversa com ninguém, senão através de livros. Ele não tem encontros. Não experimenta a alteridade. Nada o emociona. Nenhum interlocutor viola a inevitável insularidade de sua experiência e perspectiva. E, acima de tudo, Hércules é apenas um homem. Nenhum homem ou mulher poderia ser assim. Dworkin construiu uma apoteose do magistrado julgando, mas sem dar atenção ao que parece ser a característica institucional mais universal e impressionante da classe judicial, sua pluralidade.<sup>27</sup>

Esse comentário já contém uma indicação sobre o modo de se escapar do dilema de, por um lado, ter de se assumir a falibilidade de construções teóricas tão exigentes sem, por outro lado, negligenciar o caráter profissional do processo de decisão judicial. Hércules poderia se entender como parte da comunidade de interpretação constituída por especialistas em direito, tendo de orientar suas interpretações pelos *standards* da prática interpretativa reconhecidos na profissão. Dworkin postulou para a justificação externa das premissas da decisão uma teoria abrangente que sobrecarrega os esforços solipsistas do juiz individual.<sup>28</sup>

Esse problema pode não ser inteiramente resolvido, mas é levado a sério por uma teoria discursiva do direito que faz a aceitabilidade racional das sentenças judiciais depender não meramente da qualidade dos argumentos, como também da estrutura do processo de argumentação. Ela se apoia em um conceito forte de racionalidade procedimental, segundo o qual as propriedades constitutivas para a validade de um juízo têm de ser procuradas não só na dimensão lógico-semântica da estrutura dos argumentos e da concatenação dos enunciados, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 257.

<sup>27</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 290.

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 292.

<sup>29</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 293.



Segundo Habermas, “a correção dos juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência; pois os direitos são construções sociais incapazes de ser hipostasiadas em fatos.”<sup>30</sup> Habermas diz que “‘correção’ significa aceitabilidade racional apoiada em bons argumentos.”<sup>31</sup>

Quando buscamos persuadir mutuamente sobre a validade de algo, instintivamente nos envolvemos em uma prática na qual pressupomos uma aproximação suficiente das condições ideais de uma situação de comunicação especialmente protegida contra a coerção e a desigualdade. Nessa situação, proponentes e oponentes, liberados das demandas da experiência e da ação, discutem uma pretensão de validade que se tornou problemática e examinam, em um enfoque hipotético e fundamentado apenas em argumentos, se a pretensão defendida pelo proponente é justificada. A intuição fundamental associada a essa prática argumentativa é a intenção de obter o acordo de um auditório universal em relação a uma afirmação controversa, dentro de um contexto de debate não-coercitivo, mas regulado pelos melhores argumentos e pela melhor informação disponível.

As interpretações de casos singulares, realizadas à luz de um sistema coerente de normas, estão intrinsecamente ligadas à natureza comunicativa de um discurso estruturado de tal maneira que, do ponto de vista social-ontológico, as perspectivas dos participantes e dos agentes jurídicos, representadas por meio de um juiz imparcial, podem ser reconciliadas entre si. Essa condição também justifica por que o conceito de coerência, empregado em interpretações construtivas, transcende caracterizações puramente semânticas, ao apontar para os pressupostos pragmáticos da argumentação. Segundo Habermas, quando se alinha com Dworkin em uma perspectiva deontológica do direito, em conformidade com pensadores como Aarnio, Alexy e Günther em suas análises sobre teoria da argumentação, é necessário reconhecer duas proposições fundamentais:

Por um lado, o discurso jurídico não pode se mover de modo autossuficiente em um universo hermeticamente fechado do direito vigente, mas precisa se manter aberto a argumentos de outras procedências, sobretudo razões pragmáticas, éticas e morais validadas no

<sup>30</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 293.

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 293.

processo legislativo e agregadas na pretensão de legitimidade das normas jurídicas. Por outro, a correção das decisões jurídicas é medida, em última instância, pelo cumprimento de condições comunicativas da argumentação que possibilitam a formação de um juízo imparcial.<sup>32</sup>

Habermas, com isso, salienta que “parece apropriado orientar a teoria discursiva do direito segundo o modelo, mais amplamente explorado, da ética do discurso”.<sup>33</sup> Várias objeções foram levantada contra essa “tese do caso especial”<sup>34</sup>, defendida por Alexy<sup>35</sup>. Essa abordagem busca encontrar um equilíbrio entre a aplicação dos princípios e das regras, reconhecendo a importância de ambos em diferentes contextos jurídicos. Eis as objeções:

a) As restrições específicas sob as quais se desenvolve a atividade forense das partes perante o tribunal não parecem permitir que o andamento do processo seja medido pelos critérios de um discurso racional. As partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade. Seu interesse em uma solução favorável no processo também pode ser obtido por meio do “uso estratégico de argumentos capazes de consenso”<sup>36</sup>

b) Mais problemática é a indeterminação do procedimento discursivo; as condições procedimentais das argumentações em geral não são suficientemente seletivas para garantir a cada caso uma única decisão correta<sup>37</sup>;

c) Alexy sabe que as decisões jurídicas fundamentadas discursivamente não são “corretas” no mesmo sentido que os juízos morais válidos: “Na medida em que é

---

<sup>32</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 298.

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 298.

<sup>34</sup> Alexy argumenta que o discurso jurídico representa uma instância particular do discurso prático geral, envolvendo a discussão de questões práticas relacionadas ao que é exigido, proibido ou permitido. Nesse contexto, formula-se uma pretensão de correção que, na argumentação jurídica, equivale a alcançar um resultado justo. A distinção está no fato de que as decisões jurídicas não são justificadas de maneira absoluta e universal, mas sim dentro do escopo de um sistema jurídico específico. O profissional do Direito enfrenta condições particulares de restrição, pois não apenas o resultado deve ser racional, mas também deve ser fundamentado de maneira racional dentro do quadro do ordenamento jurídico vigente. Assim, enquanto o procedimento do discurso jurídico é definido pelas regras e formas do discurso prático geral, ele também deve obedecer a regras e formas específicas que refletem a submissão à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática, tornando o argumento jurídico racionalmente justificável.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais: Estudos para a filosofia do direito*. Livraria do Advogado Editora, 2010.

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 299.

<sup>37</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 299.



determinada pelas leis, a racionalidade da argumentação jurídica é relativa à racionalidade da legislação” (Alexy)<sup>38</sup>;

d) K. Günther admite esse conceito normativo de coerência, concebendo a argumentação jurídica como um caso especial do discurso moral de aplicação. Com isso, o discurso jurídico é desonerado das questões de fundamentação.

A legislação política, no entanto, não se baseia apenas em argumentos morais, mas também em argumentos de outro tipo. Quando temos por base uma teoria procedimental, a legitimidade da ordem jurídica é medida pela racionalidade do procedimento democrático de legislação política. Como vimos, esse procedimento é mais complexo que o da argumentação moral, já que a legitimidade das leis não se mede meramente pela correção de juízos morais, mas, entre outras coisas, por disponibilidade, pertinência, relevância e escolha das informações, fecundidade de sua elaboração, adequação das interpretações da situação e da instauração dos problemas, racionalidade das decisões eleitorais, autenticidade das valorações fortes, principalmente pela equidade dos compromissos alcançados etc.<sup>39</sup>

A tese do caso especial revela-se plausível do ponto de vista heurístico, mas sugere uma subordinação equivocada do direito à moral, que ainda não se desvencilhou completamente das conotações jusnaturalistas. “Essa tese pode ser dissolvida ao levarmos a sério a diferenciação paralela entre direito e moral introduzida no nível pós-convencional de fundamentação.”<sup>40</sup> Porque o princípio do discurso “tem de assumir uma formulação suficientemente abstrata, enquanto o princípio moral e o princípio democrático, entre outros, são resultado da especificação do princípio do discurso em atenção a diferentes tipos de normas de ação.”<sup>41</sup>

O sistema dos direitos, que garante simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos do direito, é interpretado e aprimorado no contexto do processo democrático de elaboração legislativa e na aplicação imparcial da lei. Essa abordagem conceitual acarreta duas consequências:

<sup>38</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 300.

<sup>39</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 301.

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 302.

<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 302.

Em primeiro lugar, evita-se que os discursos que se especializam na fundamentação e na aplicação das leis tenham de ser introduzidos posteriormente como casos especiais dos discursos morais de fundamentação e aplicação. (...) Em vez disso, eles se referem *de saída* ao direito democraticamente estabelecido e se mostram juridicamente institucionalizados, uma vez que não se trata apenas do trabalho de reflexão da dogmática jurídica. Com isso, fica claro, em segundo lugar, que os discursos jurídicos não se referem meramente a normas jurídicas, mas são eles mesmos *impregnados* no sistema de direitos junto com suas formas de comunicação.”<sup>42</sup>

Quanto ao seu conteúdo, a tensão entre a legitimidade e a positividade do direito se desenrola na jurisprudência como o desafio de alcançar uma decisão que seja simultaneamente correta e consistente. Contudo, essa mesma tensão ressurgue no âmbito pragmático da prática jurídica decisória, uma vez que as demandas ideais do procedimento argumentativo precisam ser conciliadas com as restrições impostas pela necessidade prática de regulação.

O foco do direito processual não é regular a argumentação normativo-jurídica enquanto tal, “limitando-se a assegurar, em seus aspectos temporal, social e objetivo, o quadro institucional para dinâmicas comunicativas *liberadas* que seguem a lógica interna dos discursos de aplicação.”<sup>43</sup> Habermas explica isso fazendo referência ao direito processual civil e penal alemão. Para ele, o interesse público pela uniformidade do direito salienta uma importante característica da lógica da jurisprudência: a Corte tem de decidir cada caso particular protegendo a coerência da ordem jurídica em seu todo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, discutimos o desafio de conciliar segurança jurídica e correção na jurisprudência, destacando, inicialmente, três abordagens: hermenêutica jurídica, realismo e positivismo jurídico. A hermenêutica, influenciada por Gadamer, enfatiza a interpretação contextual e histórica do direito, buscando legitimidade por meio de padrões interpretativos emergentes da história. O realismo radicaliza essa visão, negando fundamentos racionais e

---

<sup>42</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 302-303.

<sup>43</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020, 303.



deontológicos para o direito, o que Habermas critica por negligenciar sua dimensão normativa. Já o positivismo, de Kelsen e Hart, baseia a racionalidade jurídica em critérios de validade, mas é criticado por sua visão limitada e pela tendência ao decisionismo em casos difíceis. Habermas aponta que nenhuma dessas abordagens resolve completamente a tensão entre segurança jurídica e correção, cada uma apresentando suas limitações em garantir ambas.

Habermas destaca a teoria do direito de Dworkin como uma tentativa notável de superar as limitações das abordagens realistas, positivistas e hermenêuticas. Dworkin propõe uma visão na qual a segurança jurídica e a aceitabilidade racional são reconciliadas através de um ideal de integridade, que busca uma única decisão correta em cada caso, baseada em princípios reconhecidos. Essa abordagem, embora reconheça a inevitável influência de conteúdos morais no direito positivo, rompe com a tradição hermenêutica ao adotar uma perspectiva construtivista. Dworkin enfatiza a importância dos princípios morais e políticos na argumentação jurídica e defende a interpretação construtiva do direito, que leva em consideração não apenas a legalidade do processo de criação das normas, mas também suas justificativas éticas e morais. Apesar de Habermas considerar a teoria de Dworkin como a melhor base existente, ele ainda acredita que há espaço para desenvolvimentos adicionais em sua própria proposta original de uma teoria discursiva do direito. Assim, enquanto reconhece os méritos da abordagem de Dworkin, Habermas continua a buscar uma compreensão mais abrangente e inclusiva do papel do direito na sociedade contemporânea.

As correntes teóricas representadas por Dworkin e Habermas oferecem perspectivas distintas, mas complementares, sobre o problema da racionalidade na jurisprudência. Dworkin argumenta em favor de uma abordagem monológica, exemplificada pelo Juiz Hércules, que busca uma interpretação racional e coerente do direito vigente. No entanto, críticas levantadas por Habermas e outros questionam a viabilidade dessa abordagem solipsista, destacando a necessidade de considerar a pluralidade e o diálogo na prática jurídica. Por outro lado, Habermas propõe uma abordagem discursiva do direito, na qual a racionalidade da jurisprudência é medida pela qualidade dos argumentos e pela estrutura do processo de argumentação. Ele destaca a importância da intersubjetividade e do diálogo na formação de decisões judiciais legitimadas. A teoria do caso especial, defendida por Alexy,



tenta conciliar essas abordagens, reconhecendo a importância tanto dos princípios quanto das regras na interpretação do direito.

Ao questionar a viabilidade da abordagem monológica e destacar a necessidade de uma teoria discursiva do direito, Habermas oferece uma perspectiva que transcende a visão idealizada do juiz como Hércules. Sua proposta de uma abordagem que reconheça a pluralidade da classe judicial e valorize a correção dos juízos normativos baseada em argumentos sólidos ressalta a importância de um processo decisório jurídico mais democrático e fundamentado.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais: Estudos para a filosofia do direito**. Livraria do Advogado Editora, 2010.
- DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. São Paulo: Edições Loyola, 2012.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, R. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis, Vozes, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PINZANI, Alessandro. **Habermas**. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- REESE-SCHÄFER, WALTER. **Compreender Habermas**. Petrópolis, Vozes, 2009.