

**XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI CHILE - SANTIAGO**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA**

**CRISTIANO BECKER ISAIA**

**GABRIELA OLIVEIRA FREITAS**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Gabriela Oliveira Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-559-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA

---

### **Apresentação**

O XI Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado nos dias 13, 14 e 15 de outubro de 2022, na cidade de Santiago no Chile, com a temática “Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina”. Após 2 anos de realização dos eventos em ambientes virtuais, finalmente, foi possível retomar à realização deste evento em formato presencial, fato que registramos com grande felicidade, não só por marcar o encerramento de um triste momento histórico, mas também pela grandiosidade dos debates realizados diante da interação pessoal entre Acadêmicos, Mestres e Doutores.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça” proporcionaram valiosos debates e contribuições teóricas para a pesquisa do Direito Processual, ilustrando o estado da arte do pensamento jurídico-processual atual. A construção do Estado Democrático de Direito e as modificações sociais e tecnológicas da sociedade contemporânea exigem a revisitação de institutos processuais. E, por isso, a partir dos artigos apresentados, verifica-se a grande relevância do estudo da tecnologia alinhada ao Direito Processual, de modo a buscar, na atual sociedade da informação, uma evolução da atividade jurisdicional, em equilíbrio com o acesso à jurisdição e com o devido processo legal. Assim, foram abordadas temáticas como inteligência artificial, virtualização da jurisdição, políticas de informatização, *amicus curiae*, justiça restaurativa, teorias da decidibilidade, dentre outros.

Mesmo após decorridos 6 anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, vê-se que algumas alterações nele trazidas são continuamente objeto de debate, com destaque para a questão dos precedentes e a atuação dos Tribunais Superiores, dentre outros. Nesse passo, foi objeto de destaque deste GT a preocupação dos processualistas com as novidades que emergem no cenário jurídico, seja por construções jurisprudenciais e doutrinárias, como é o caso do processo estrutural, seja por deliberações legislativas, como é o exemplo da desjudicialização da execução civil.

É com satisfação que apresentamos a toda comunidade jurídica os artigos que compuseram o Grupo de Trabalho de “Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça” do XI Encontro Internacional do CONPEDI, que certamente será um importante contributo para a pesquisa jurídica.

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Gabriela Oliveira Freitas

Universidade Fumec

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Universidade Federal de Santa Maria

## O LUGAR DO PROTAGONISTA: DOS POSITIVISMOS JURÍDICOS À INTEGRIDADE DO DIREITO

### THE PLACE OF THE PROTAGONIST: FROM LEGAL POSITIVISMS TO THE INTEGRITY OF LAW

Cristiano Becker Isaia <sup>1</sup>  
Arthur Posser Tonetto <sup>2</sup>

#### Resumo

A pesquisa procura investigar, constatada a herança da teoria jurídica positivista desenvolvida por Herbert Hart, o qual propôs a legitimação da discricionariedade judicial como solução dos denominados casos difíceis, a possibilidade de aplicação da tese da resposta correta e constitucionalmente adequada a casos concretos, sem recorrer à discricionariedade judicial. A metodologia utilizada é a hermenêutico-fenomenológica, tendo como teoria de base a crítica hermenêutica do Direito, de Lenio Luiz Streck, e a teoria da integridade do Direito, de Ronald Dworkin. O procedimento utilizado é de análise documental e pesquisa bibliográfica. Possui técnica de fichamentos e resumos. Ao final, a conclusão reside na hipótese de que o desvelamento da resposta adequada ao caso concreto não pode ter sua construção arraigada ao método científico típico da filosofia racionalista, fazendo-se necessária uma aproximação da teoria interpretativa da integridade do Direito com o círculo virtuoso hermenêutico gadameriano, próprio da hermenêutica filosófica. Enfim, a integridade do Direito considera não somente a regra, mas os princípios constitucionais, a jurisprudência e o interesse social predominante, elementos que vinculam o intérprete e funcionam como se caracteres do capítulo que antecede aquele que está sendo escrito por quem julga.

**Palavras-chave:** Decisão judicial, Discricionariedade judicial, Hermenêutica filosófica, Integridade e processo judicial, Resposta correta

#### Abstract/Resumen/Résumé

The research seeks to investigate, having verified the legacy of the positivist legal theory developed by Herbert Hart, who proposed the legitimation of judicial discretion as a solution to the so-called difficult cases, the possibility of applying the thesis of the correct and constitutionally adequate answer to concrete cases, without resorting to judicial discretion. The methodology used is hermeneutic-phenomenological, based on Lenio Luiz Streck's hermeneutic critique of Law and Ronald Dworkin's theory of the integrity of Law. The procedure used is document analysis and bibliographic research. It has a technique of filing and summaries. In the end, the conclusion resides in the hypothesis that the unveiling of the adequate answer to the concrete case cannot have its construction rooted in the typical

<sup>1</sup> Doutor e Pós-Doutor em Direito Público

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria

scientific method of rationalist philosophy, making it necessary to approach the interpretative theory of the integrity of Law with the gadamerian hermeneutic virtuous circle, characteristic of philosophical hermeneutics. Finally, the integrity of Law considers not only the rule, but the constitutional principles, jurisprudence and the predominant social interest, elements that bind the interpreter and function as if characters of the chapter that precedes the one being written by the judge.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial decision, Judicial discretion, Philosophical hermeneutics, Integrity and judicial process, Right answer

## INTRODUÇÃO

O imaginário do operador do Direito parece estar tomado pelo senso (comum) de que a ascensão do Estado Democrático de Direito representou a superação do positivismo jurídico, à medida em que a função estratégica conferida ao Poder Judiciário, no atual paradigma, celebra a figura de um juiz interventor e compromissado com a Constituição.

Por certo que a era das codificações já foi superada (o que representa uma das vertentes do positivismo jurídico, o exegético). Não o foi, contudo, pela ascensão do Estado Democrático de Direito. A constatação da ambiguidade da lei e da insuficiência do texto escrito como fonte jurídica, a bem da verdade, foi a verdadeira motivação para que Herbert Hart lançasse sua teoria, também positivista, sobre a função jurisdicional, muito antes da consagração do Estado Democrático, o que este trabalho pretende investigar.

A teoria Hartiana, contraposta por Ronald Dworkin, em que pese feliz em identificar a insuficiência da regra como fonte de Direito, optou por legitimar a discricionariedade judicial como forma de resolução de demandas nos denominados *hard cases* (casos difíceis). Dessa forma, em sendo a lei ambígua ou insuficiente, confiar-se-ia ao compromisso moral do julgador o encontro à melhor resposta ao caso.

Eis aí a forçosa conclusão de que o Estado Democrático não superou o positivismo jurídico, porquanto não raro se verificam decisões eivadas de discricionariedade e assujeitadas pela consciência do julgador.

Este trabalho, diante disso do exposto, tem por objetivo realizar uma espécie fusão de horizontes, usando aí “metodologia” hermenêutica de cariz filosófico, tendo como ponto de partida a autoridade da tradição, proposta por Gadamer, e a teoria interpretativa da integridade do Direito, desenvolvida por Dworkin. A ideia é investigar de que maneira é possível falar em respostas corretas (constitucionalmente adequadas) em Direito quando constatado que a lei é ambígua ou insuficiente para determinado caso, sem que, para tanto, seja necessário recorrer à discricionariedade judicial.

A fim de percorrer o caminho, a pesquisa será dividida em três momentos, além da própria introdução e das considerações finais. Num primeiro abordar-se-á a teoria positivista defendida por Herbert Hart, que consagrou a legitimidade judicial para resolver os casos difíceis de maneira discricionária. Num segundo confiar-se-á investigação ao debate estabelecido entre Hart e Dworkin, o que, em tese, serviria à sustentar a tese de que é sim possível, ao intérprete, afastar-se da possibilidade de que

decidir conforme sua consciência, tomando por exemplo os chamados casos difíceis. Por fim, num terceiro momento, pretender-se-á demonstrar, a partir da aproximação entre o círculo virtuoso hermenêutico desenvolvido por Gadamer e a teoria interpretativa da integridade do Direito dworkiniana, de que maneira é possível sustentar a possibilidade de decisões constitucionalmente corretas em Direito, sem que seja necessário lançar mão da discricionariedade judicial para encontrar solução ao processo.

O trabalho adota abordagem hermenêutico-fenomenológica desde a teoria positivista hartiana até a tese da integridade do Direito. As teorias de base elencadas são, portanto, a hermenêutica filosófica e a teoria interpretativa de Dworkin. Os procedimentos escolhidos são o bibliográfico e o documental, porquanto consolide a teoria com base nas leituras indicadas, as quais demonstram a não superação do positivismo hartiano.

## 1 AS DIVERSAS FACETAS DO POSITIVISMO JURÍDICO

É falaciosa a afirmação de que a ascensão do Estado Democrático de Direito tenha representado, de vez, a superação do ideal positivista em Direito, em que pese a legitimação que a Constituição deu ao juiz compromissado com a concretização de valores comuns e esquecidos pela modernidade. No constitucionalismo, marca do Estado Democrático de Direito, é verdadeiro então dizer que a Constituição deixa de ser meramente uma carta de organização política, passa a representar um compromisso do Constituinte para com o Estado e seus cidadãos, celebrando um Direito transformador da realidade, comprometido em promover o bem-estar e a felicidade, a partir do protagonismo da Constituição (BARROSO, 2018, p. 300).

Advindo da constatação de que o Direito é ciência em constante transformação, admitiu-se, no Estado Democrático de Direito, que a regra escrita e imutável não mais é suficiente para garantir a resposta justa a todos os casos. Abandonou-se o ideal hobbesiano de que lei e poder confundir-se-iam, e que o ideal de justo seria aquele perpetrado por quem estivesse no poder (CAPELLA, 2002, p. 189-190).

Ao contrário, por entender como fundamental a concretização dos compromissos demarcados pela Constituição, o Estado Democrático de Direito não mais admitiu a cisão entre o válido e o legítimo, herança exegetista, ou entre texto e sentido do texto, sendo então descabida a mera aplicação do texto escrito ao caso concreto de maneira universalizada (ISAIA, 2017, p. 105).

O Estado Democrático libertou-se da ideia de que a regra escrita, o formalismo, seria suficiente para garantir justiça e bem-estar social, passando a admitir a ideia de que o texto carece de um olhar interpretativo e comprometido com a intenção constitucional, a fim de que os compromissos contidos nas Constituições possam ser concretizados (STRECK, 2017, p. 115). A atividade jurisdicional passou a condição de possibilidade para tanto, cabendo ao juiz, outrora amarrado ao texto frio da lei, compreender o Direito inserido no tempo e no espaço social onde se posiciona o caso concreto, a fim de adequar sua resposta à Constituição.

Se outrora o Poder Judiciário foi encarado como um poder subordinado – desde o Estado absoluto o juiz foi meramente a mão do Estado incumbido de aplicar a lei – a jurisdição vestiu-se de nova roupagem, onde os desafios passaram a se debater sobre a) de que maneira é possível desvencilhar-se do subjetivismo numa atuação jurisdicional interventora e b) como fazer com que o protagonismo judicial não abra caminho para a consagração de um superpoder entre os poderes (STRECK, 2005, p. 228).

Essa investigação parte do pressuposto de que não se pode perder de vista o fato de que todo ato jurisdicional é (filosoficamente) interpretação, o que não poderia ser diferente no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Isso implica em dizer que a preocupação aqui lançada está nas decisões construídas a partir da consciência do juiz, sem que qualquer padrão legitimamente adotado pelo direito seja levado em consideração.

No entanto, não quer dizer, por si só, que a era do Constitucionalismo representou a superação do ideal positivista jurídico. Não se está aqui a debater o positivismo exegético concebido na França burguesa revolucionária, que com todos os seus motivos subordinou o magistrado à vontade da lei. O que se aponta é a herança de um modelo que, em que pese não mais composto somente por regras, continua a apostar suas fichas na discricionariedade judicial e no livre convencimento como resposta aos casos que o Direito não resolve pela simples subsunção do fato à norma positivada.

Ajuda na compreensão desta questão o fato de que não se pode confundir o positivismo exegético pós-Revolução Francesa com o positivismo proposto por Herbert Hart. As diferenças são fulcrais. A *proibição* de interpretar constituiu característica do exegetismo francês, mormente a desconfiança da revolução burguesa acerca do compromisso do Juiz-Estado com o absolutismo. A teoria do Professor inglês, doutra banda, reconhece a insuficiência do modelo exegético a partir da constatação de que o texto escrito, atemporal e, portanto, imutável, não carrega consigo suficientemente as

respostas para as demandas que as relações jurídicas exigem, ao que o juiz se confrontará com a necessidade de uma fonte de consulta que vá além do texto escrito (RODRÍGUEZ, 1997, p. 66-67).

Hart, em sua teoria, sustentou que o Direito seria formado por um conjunto de regras primárias – leis de imposição de deveres – e secundárias – que promoveriam a criação, alteração e atribuição de deveres e obrigações –, numa espécie de complemento às regras primárias. A partir daí, o teórico inseriria o Direito como uma espécie de instituição social, à medida em que a lei demandaria uma aceitação social para que fosse considerada legítima, o que chamou de regra de reconhecimento (MOTTA, 2017, p. 123-124).

Referida aceitação, ou regra de reconhecimento, constituir-se-ia por meio de uma linguagem, pois a partir dela é que o cidadão poderia reconhecer a lei e atribuir-lhe ou não legitimidade. Para Hart, a linguagem muitas vezes se demonstraria ambígua, vazia, incompleta, não sendo ela capaz de transmitir a completude daquilo que quer dizer. Noutras palavras, já que a regra se constitui por meio da linguagem e esta mesma linguagem se dá de forma incompleta ou ambígua, Hart admitirá que a própria regra escrita poderá ser também ambígua ou incompleta (RODRIGUEZ, 1997, p. 33).

Por isso é que, nas próprias palavras do teórico, existiriam “áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem resolvidas pelos tribunais”. Especialmente naquelas casos que Hart intitulou como casos difíceis, quando a regra não é capaz de alcançar resposta ao caso, o juiz estaria então autorizado a decidir de maneira discricionária, seguindo sua percepção acerca da moralidade do meio em que estaria inserido (HART, 2009, p. 148). Isso se justifica porque, já que o juiz possui autoridade conferida por uma regra de reconhecimento geral advinda da comunidade, estaria ele legitimado a decidir da maneira como entender adequada (MOTTA, 2017, p. 128).

O fato é que Hart projetou sua teoria acerca de uma discricionariedade forte como saída para a solução de casos difíceis resumindo o Direito a um sistema de regras, desconsiderando outras fontes que vinculariam o juiz e serviriam de amparo para decisões. Aliás, grande parte da crítica de Dworkin, como se verá, centra-se no fato de que o positivista desconsiderou tais fontes, vindo o próprio Hart a admitir, em seu *postfactum*, ter falhado em não alçar os princípios ao status de norma jurídica (RODRÍGUEZ, 1997, p. 117).

A ascensão do Estado Democrático de Direito e da constitucionalização compromissória, por si só, demanda uma leitura substantiva da Carta que ultrapassa o

entendimento de que o sistema jurídico seria composto meramente por regras. Entretanto, o que se aponta é que, não obstante a função estratégica do intérprete no atual paradigma, não quer dizer ser possível que *qualquer* leitura seja feita da Constituição (STRECK, 2017, p. 293). Há limites para tal, extrapolados sem dó no cotidiano do operador do Direito. Por isso se argumenta que a herança positivista que legitimou a discricionariedade ainda impera na atuação judicial brasileira.

O problema da discricionariedade é que, como bem aponta Streck, não raro descamba em decisionismos e arbitrariedades, incompatíveis com o necessário compromisso do intérprete com a adequação da decisão à normativa constitucional e à tradição (STRECK, 2017, p. 211). Nesse sentido, cresce a necessidade de se assentar balizas à atuação do intérprete, notadamente no atual paradigma, que inaugura uma Constituição substantiva demandante de uma leitura compromissada e comprometida de transformação social arraigada ao interesse social predominante exposto na Carta. Eis a crise que se aponta na presente pesquisa. Diz-se o que se quer acerca da Constituição e decide-se conforme a consciência do julgador, utilizando-se a Constituição como subterfúgio.

É o caso, diga-se, da invenção dos *pamprincípios*, elencados por Streck em seu célebre Verdade e Consenso. O Professor gaúcho aponta algumas dezenas de “princípios” extraídos por juízes da Constituição que servem como pseudofundamentação para decisões que, em verdade, reforçam o caráter solipsista de parte da atuação judicial no Brasil (STRECK, 2017, p. 554) – onde estaria na Constituição, afinal, o princípio do atalhamento constitucional?

Poder-se-ia citar uma coletânea de decisionismos e arbitrariedades – tais como a possibilidade da prisão após esgotados os recursos em segundo instância que vigorou até pouco tempo – que permeiam o cotidiano das comarcas do Judiciário brasileiro. Não é o que se quer. A intenção, nesta quadra, é demonstrar a placidez com que se observa uma atuação pouco compromissada com a Constituição por parte de seus intérpretes, fruto da não superação de um sistema que confiou na discricionariedade judicial como solução a casos complexos.

## 2 PARA ALÉM DAS REGRAS: A CRÍTICA DE DWORKIN À TEORIA POSITIVISTA DE HART

Ronald Dworkin dedicou boa parte de sua obra à intenção de desconstruir a teoria positivista elaborada por Herbert Hart, seu antecessor na Universidade de Oxford. Segundo o próprio jusfilósofo americano, sua teoria se constituiu, em resumo, a uma crítica geral ao positivismo. Dworkin e Hart estabeleceram um debate que deixou marca indelével ao Direito e não somente aos países que adotam ao *common law*, continuando a ser estudados e utilizados como saídas à construção de um Direito democrático, inclusive no Brasil.

Ao passo em que Hart, como apontado alhures, resumiu o Direito a um sistema de regras cindido da moral, Dworkin caminhou no sentido contrário, argumentando existir fontes de Direito para além das regras de tudo ou nada e que, mais do que meros mandatos de melhoramento, ou de políticas, carregariam status juridicamente vinculantes e balizadores da atuação judicial. O jusfilósofo não negaria a importância do sistema de regras, mas pontuaria a necessidade de uma visão interpretativa a partir da integridade do Direito e da coerência daquilo que no passado já estaria decidido a fim de se encontrar o que o autor denominou como a resposta correta ao caso concreto (DWORKIN, 2010, p. 127 e segs).

Tendo como ponto de partida a visão de um sistema jurídico complexo onde abarcados componentes vinculantes mais do que simplesmente regras é que Dworkin desenvolve sua teoria, o que fez em grande medida desconstruindo o positivismo proposto por Hart.

O americano diria que o Direito, para além das regras, também é formado por princípios, estes que se diferem dos mandamentos políticos, o que os contrastariam com o ideal positivista acerca de princípios como diretrizes valorativas. Para Dworkin, princípios, que são juridicamente vinculantes, precisam ser entendidos como normas, assim como as regras, ainda que noutra perspectiva, à medida em que “é um padrão que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 141).

A diferença entre princípios e regras, seria então, lógica. Regras aplicar-se-iam em Direito a partir de um tudo ou nada, pois que não há como regras conflitantes sobreviverem em um mesmo sistema jurídico. Os princípios, de outra mão, não seriam considerados exceções, ainda que conflitantes em um determinado caso concreto, pois se dariam em uma dimensão de peso ou importância. Assim, em um intercruzamento de princípios, prevaleceria aquele que resolvesse o caso tendo em conta a melhor imposição

da moralidade, sendo plenamente possível que, num outro caso, aquele princípio “vencido” fosse o de maior peso e importância, sendo ele então a prevalecer (MOTTA, 2012, p. 155).

Dworkin seria acusado pelos seus críticos de transformar a ciência do Direito na ciência da moral, e que não resolveria a problemática do solipsismo judicial porque, em última análise, seria o juiz do caso difícil aquele incumbido de dizer qual decisão melhor se amoldaria à imposição de moralidade. O contraponto a tais críticas é que Dworkin não defenderia simplesmente a aplicação dos princípios, que é verdade se relacionam com a moral, ao caso concreto, para encontrar a solução mais adequada (MOTTA, 2012, p. 73). Ao passo em que afirmaria que todo caso possui uma *resposta correta*, o jusfilósofo desenvolveu sua célebre aproximação entre direito e literatura encarando a atividade judicial de decidir como se fosse a produção de um romance em cadeia em que cada intérprete seria responsável por escrever um capítulo da história, ou que cada juiz fosse responsável por uma decisão acerca de um caso, possuindo, sucessivamente e todos, o dever de manter a coerência do texto escrito por seus sucessores, ou que fosse mantida a *integridade do Direito* (MOTTA, 2012, p. 98).

Assim, então, Dworkin diria que, ao decidir, existe a imposição de que a decisão se harmonize com a jurisprudência anterior, sem esquecer da necessidade de que ela se atualize conforme a moral predominante da sociedade, ou ao interesse social predominante. O teórico desenvolve um juiz ideal, a quem nomeou Hércules, para explicar de que forma deve se pautar a atuação do intérprete. Nas palavras de Francisco Motta, a capacidade de Hércules seria

“Não voltada à introspecção, mas à compreensão do Direito como totalidade, e isso implica, necessariamente, tomar em consideração o que fizeram (com acerto), os demais juízes do passado e do presente, além da produção legislativa. Mais do que tudo, implica prestar constas ao conjunto principiológico irradiado a partir da Constituição. E isso fará com que Hércules encontre no Direito, frequentemente, soluções que não se ajustem àquelas de sua preferência pessoal.” (MOTTA, 2012, p. 78-79)

É bem de ver, então, a complexidade da teoria da integridade do Direito, que constituem amarras à discricionariedade judicial. Dworkin, em apertada síntese, correndo o risco de simplificar a complexidade de sua proposta, diria que o sistema jurídico é composto por normas que não se resumem às regras, mas que são alimentadas também

por princípios jurídicos, estes encontrados na Constituição e que guardam relação com a moralidade e com o interesse social predominante da sociedade (DWORKIN, 2010, p. 41-43).

Diria que há, por parte do juiz, um dever de se debruçar sobre a integridade daquilo que compõe o sistema jurídico, aceitando que possivelmente suas convicções pessoais poderiam colidir com o interesse social predominante. Assim, o intérprete estaria vinculado não só à produção legislativa como também à jurisprudência – desde que coerente – já produzida no tribunal em casos passados semelhantes, devendo atualizá-la se assim necessário, pois que o interesse social predominante não é estático, e principalmente no conjunto principiológico emanado da Constituição, este sim o alicerce da decisão judicial (DWORKIN, 2010, p. 172). A integridade do Direito, resumida aqui, imporá ao juiz o abandono da produção de decisão a partir de sua consciência, ou de sua leitura subjetiva acerca da moral, sobrevivendo, em contraponto, de uma necessidade de coerência entre princípios, moral, regra e jurisprudência (MOTTA, 2017, p. 276).

A tese dworkiniana acerca da resposta correta não escapou de ser alvo de críticas. O americano diria que, não importa quão complexa a demanda que se apresente ao intérprete, o caso sempre há de guardar uma resposta correta que, segundo a hermenêutica filosófica, se desvelaria ao processo.

Dworkin foi criticado à medida que argumentou-se a resposta correta, em última análise, demandaria uma opção discricionária do juiz que, deparado com diversas respostas possíveis para o caso, escolheria a que melhor entendesse se amoldar, sendo essa uma concepção da consciência do julgador.

É necessário recorrer novamente à Streck para melhor explicar de que maneira se desvela a resposta correta, pois que a compreensão de integridade do Direito proposta por Dworkin não submete a decisão ao assujeitamento do caso pela consciência de quem julga. O intérprete como sujeito ativo do processo e, em certo peso, transformador da realidade social, carece de um compromisso com o conteúdo substantivo da Constituição, impondo-se uma coerência normativa entre texto, sentido e constituição, que celebrará uma resposta ao caso concreto adequada à Constituição (STRECK 2017, p. 360 e segs).

Por essa razão é que se deve vislumbrar o Direito, e a jurisdição, a partir da análise do *caso concreto*. Julgando o caso concreto, o intérprete, ainda que carregue consigo sua pré-compreensão enquanto ser no mundo (que advém de sua percepção de e no mundo e da tradição em que se insere), produzirá um simbiose entre tudo que deve ser levado em consideração para a construção da resposta correta – texto, sentido, tradição,

Constituição e coerência normativa, devendo se libertar daquilo que o faz mero reprodutor de decisões. Não há que se falar, por exemplo, de decisões que se pautam meramente na tradição e na reprodução de decisões passadas, porquanto os sentidos são temporais. Sendo assim, a extração do sentido do texto, ou da norma, será aquela adequada ao momento no tempo em que se insere o intérprete (STRECK, 2017, p. 418-419).

Tampouco há sentido em eleger a *melhor* resposta correta, ou conceber uma única resposta correta. Insistir em uma única resposta correta seria desconsiderar a força do ser e seu modo de ser no mundo e no tempo, e aprisionar a resposta a um determinado tempo e espaço inexorável, correndo-se o risco de sequestrar a marcha temporal dos sentidos.

Noutras palavras, um aprisionamento do intérprete ao tempo em que o texto foi concebido, cega ao conteúdo material do tempo da compreensão do intérprete atual. Também não se quer construir, como dito *a melhor* resposta correta. O Direito, sob o viés constitucional, admitirá *a* resposta correta, adequada ao caso concreto (este não se repetirá, portanto a resposta será uma). É bem possível que mais de uma resposta se descortine perante o intérprete, que *não terá o poder discricionário* de elencar a melhor. Deverá, ao contrário, identificar a que melhor se adeque à moral política – ou a que melhor represente o direito histórico e o conteúdo material presente. (STRECK, 2017, p. 378).

### 3 A APROXIMAÇÃO HERMENÊUTICA À TEORIA DA INTEGRIDADE DO DIREITO: UM OLHAR ACERCA DO CÍRCULO VIRTUOSO PROPOSTO POR GADAMER

A partir da visão de Humboldt de que o mundo só é mundo por conta da linguagem, Heidegger propõe a desconstrução da metafísica sob o argumento da inexistência de um ser absoluto e atemporal, que transcende o tempo, pois que, na verdade, o ser obedece a uma temporalidade absoluta, é sua condição de historicidade na quadra histórica que o fará carregar a compreensão do ente. Portanto, não haverá um significado primeiro dos entes, senão uma atribuição de sentido que dependerá da condição do ser no mundo, o ser-aí (HEIDEGGER, 2015, p. 37).

Enquanto Heidegger entenderá a hermenêutica como ferramenta para a filosofia, seu aluno Gadamer dirá que a hermenêutica é a base para qualquer atividade que se possa chamar filosófica. Por óbvio que não a hermenêutica clássica metodológica, mas a hermenêutica que traz a linguagem como condição de possibilidade de existência do ser.

Gadamer sustentará, na mesma esteira, o caráter linguístico da existência humana. Reforça que ante à existência prescinde a linguagem. O ser só existe a partir de seu existencial linguístico. É por isso que a compreensão só acontecerá a partir da linguagem. A linguagem é quem dará significado ao objeto compreendido (GADAMER, 1997, p. 576).

O filósofo alemão explica, ainda, que a compreensão do sujeito sobre sua inserção no mundo a partir da linguagem carregará uma pré-compreensão que deve ser levada em conta no exercício da atribuição de sentido que se faz pela linguagem. É por isso que Gadamer ensina que a compreensão se dará pela fusão de horizontes, de uma simbiose entre tradição e presente (MOTTA, 2017, p. 261), respeitada a autoridade da tradição e a historicidade em que o intérprete se insere. Não é por outra razão que o círculo hermenêutico proposto pelo filósofo jamais poderá ser compreendido como um círculo vicioso, mas um círculo eternamente inacabado onde os conceitos prévios podem ser historicamente substituídos por compreensões mais adequadas ao momento presente onde se dá a atribuição hermenêutica de sentido (GADAMER, 1997, p. 400).

Eis porque, finalmente, há que se dizer que a teoria do jusfilósofo americano se relaciona, em grande medida, com a fusão de horizontes da hermenêutica filosófica de Gadamer. Dworkin deixa claro que a prática do Direito se dá por meio da interpretação (o que, aliás, não é exclusividade do Direito). E interpretação, como bem aponta Francisco Motta, é filosofia, e não método. Admite também o americano que o intérprete sempre carrega uma primeira interpretação acerca do que se põe a sua frente, os chamados preconceitos. A afirmação guarda, não há dúvida, intrínseca relação com a condição do Ser-Aí primeiro proposta por Heidegger e posteriormente aperfeiçoada por Gadamer. Há uma pré-compreensão que o ser carrega e que vem definida por sua condição de historicidade e facticidade no mundo (GADAMER, 1997, p. 416).

O círculo hermenêutico desenvolvido por Gadamer possui apertada relação com a integridade do Direito de Dworkin, o que se vai percebendo conforme o desenvolvimento da obra do jusfilósofo, que aliás muito se utiliza da fonte gadameriana. A concepção gadameriana de que o intérprete faz parte daquilo que interpreta encontra eco na teoria dworkiniana. Não é por outra razão que Dworkin insere o intérprete no contexto social em que está, defendendo a necessidade de que tenha conta do interesse social predominante, ou da imposição moral da Constituição, ao decidir o caso concreto (DWORKIN, 2010, p. 145).

Mais que isso, ao propor a integridade do Direito como forma de alcançar a resposta correta, Dworkin inaugura um círculo de constante produção, pois que a fusão dos horizontes, que se dá pela jurisprudência, pela imposição moral predominante e pelos princípios, além do próprio texto escrito pelo legislador, demanda que cada caso concreto seja analisado como um universo em si, o que, por consequência, constituirá um constante produzir, um romance em cadeia que necessita se desenvolver de maneira coerente (MOTTA, 2012, p. 98).

Eis aqui o momento em que se dá a aproximação do círculo hermenêutico gadameriano com a integridade do Direito. Para Gadamer, interpretar demanda uma fusão de horizontes em que não se pode olvidar da autoridade da tradição, como forma de coerência, que não se resume a ela, mas que a completa a partir da percepção do ser em seu dado momento de historicidade e faticidade. Em suas palavras “ao conceito de situação pertence, essencialmente, então, o conceito de horizonte. Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de determinado ponto” (GADAMER, 1997, p. 452)

Por essa razão que a prática interpretativa do Direito não se pode resumir ao ideal metafísico de extração de sentido da lei, um procurar em vão pela essência que constitui o ente – o que, segundo Dworkin, nada mais seria do que uma cortina de fumaça para impor ao ente a consciência do intérprete, sintoma da discricionariedade. Por óbvio que se deve levar em consideração o momento histórico do surgimento do texto, mas não se resumir a este, devendo o esforço ser direcionado a atribuir um sentido ao texto que se molde à imposição moral predominante e constitucional. É o que ensina Francisco Motta:

“Se isto for corretamente entendido, estaremos em melhores condições de compreender o que, afinal, é a tal interpretação construtiva: trata-se, em última análise da compreensão de algo (um texto, por exemplo) que deve levar em conta fatores históricos (como a intenção do autor), mas que, uma vez dirigida por um interesse (como a atribuição de um sentido jurídico ao texto) do intérprete (também ele situado historicamente), resultará na construção de um sentido novo, mas ainda assim fiel ao texto (ou seja, nem por isso deixará de ser uma interpretação correta)” (MOTTA, 2012, p. 92).

Daí porque defende-se que a integridade do Direito proposta por Dworkin, que demanda uma leitura complexa do sistema jurídico à medida em que considera como

fonte de Direito não só as regras impostas, deve ser compreendida sob a lente do círculo hermenêutico proposto por Gadamer.

Os elementos que compõem o que se intitulou Direito como integridade devem ser inseridos no círculo virtuoso em uma constante atribuição de sentido, círculo no qual também o intérprete se insere. Necessário que o julgador, enquanto sendo tal intérprete, coloque entre parênteses suas pré-compreensões e deixe que os elementos – jurisprudência enquanto tradição, conteúdo constitucional, texto e interesse social – que integram o círculo hermenêutico *the digam algo* (MOTTA, 2017, p. 263).

Assim, entende-se, será possível construir um sentido ao caso, que pode ser novo, à medida em que o círculo demanda um constante produzir, mas sempre fiel à integridade do Direito, afastando, doravante, a necessidade da aposta na discricionariedade judicial como solução aos casos difíceis.

## CONCLUSÕES

Conforme se demonstrou, a ascensão do Estado Democrático de Direito e de uma constitucionalização substantiva que demanda uma leitura do texto (que não é discricionária), pelo intérprete, comprometida com a consecução das promessas não cumpridas da modernidade, alçou o Judiciário a uma função estratégica no paradigma atual. O que não quer dizer que da Constituição se possa extrair qualquer interpretação, há limites para tal. Por isso se dizia, no título, da necessidade de estabelecer o lugar do *protagonista*.

Para definir o tal lugar do protagonista no Estado Democrático, fez-se necessário apontar o resquício deixado pela infeliz herança na aposta na discricionariedade judicial como forma de resolver casos difíceis, oriunda de uma teoria que somente considerava um sistema de regras – e portanto ultrapassada no atual paradigma. Há que se pontuar o não-abandono do positivismo na atuação judicial, à medida em que o cotidiano das comarcas e dos tribunais ainda se empenha em uma discricionariedade como solução a casos complexos.

Para tanto, por mais que brevemente, pontuou-se não se estar argumentando sobre a não-superação do positivismo exegético, esse abandonado há tempos pela própria doutrina positivista. Não por outra razão é que foi exposta a concepção de Herbert Hart acerca da atuação judicial, restando claro que a aposta em uma discricionariedade forte por parte do magistrado ainda tem seus defensores (talvez até de maneira não consciente)

no universo dos operadores do Direito. A confusão entre pós-positivismo e discricionariedade, cada vez mais se convence, permeia o senso comum do jurista tão criticado por Streck.

O perigo se dá porque a compreensão substantiva da Constituição, necessária no paradigma atual, não pode se dar conforme a consciência do julgador. Isso porque a discricionariedade judicial, habitualmente, descamba em decisionismos e arbitrariedades que não condizem com o interesse social predominante ou com a percepção da integridade do Direito.

Por isso é que, na presente pesquisa, quer-se definir o lugar do protagonista a partir de uma produção de decisão que interprete a integridade do Direito. A teoria celebrada por Ronald Dworkin constitui amarras à discricionariedade judicial, à medida em que não mais admite que, insuficiente sendo a regra, aposta-se na melhor consciência do intérprete para decidir o caso concreto. Há elementos outros que não a regra, como se expôs no texto, que vinculam o intérprete e devem ser analisados para o desvelamento da resposta correta ao caso concreto.

Acontece que o desvelamento da resposta adequada ao caso não mais pode ter sua construção arraigada ao método típico do racionalismo que permanece a assolar o processo. Por isso é que, argumenta-se, faz-se necessário uma aproximação da teoria interpretativa da integridade do Direito proposta por Dworkin com o círculo virtuoso hermenêutico gadameriano próprio da hermenêutica filosófica.

Gadamer propôs uma fusão de horizontes que abarca e encerra o que pode ser visto. A atribuição de sentido que se dá ao texto considera a autoridade da tradição, segundo o filósofo alemão, mas a ela não se limita, a compreensão se sujeita também a historicidade do intérprete e de sua condição de ser no mundo. Há, em síntese, uma compreensão do todo que precede o próprio interpretar.

Como apontado, a integridade do Direito considera não somente a regra, mas os princípios constitucionais, a jurisprudência e o interesse social predominante, elementos que vinculam o intérprete e funcionam como se caracteres do capítulo que antecede aquele que está sendo escrito por quem julga. Entender a teoria de Dworkin a partir da lente da hermenêutica filosófica e do círculo gadameriano é esclarecer que os elementos de Direito, inseridos em referido círculo, permitem uma constante compreensão e atribuição de sentido que se fia à tradição mas se adequa ao momento histórico atual do intérprete.

Assim se constrói a resposta correta e adequada à Constituição. Um constante atribuir de sentido que a hermenêutica proporciona a partir de uma leitura integral do Direito. Não há razão para se apostar na discricionariedade judicial como solução aos casos difíceis. A inserção da filosofia no processo, fundada na aproximação da hermenêutica com os elementos de integridade do Direito, dão azo ao desvelamento da resposta correta ao caso.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. ACP nº 1001521-57.2017.8.26.0360. Disponível em: <[https://www.jusbrasil.com.br/processos/154989100/processo-n-1001521-5720178260360-do-tjsp?query\\_id=065e1326-57f8-4ac4-bab2b00c94fdcbb4](https://www.jusbrasil.com.br/processos/154989100/processo-n-1001521-5720178260360-do-tjsp?query_id=065e1326-57f8-4ac4-bab2b00c94fdcbb4)>. Acesso em: 29 ago 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 5. In: Vade Mecum Exame da Ordem e Concursos. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- CAPELLA, Juan Ramón. Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.
- HART, Herbert L.A. O conceito de Direito. São Paulo; Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.
- ISAIA, Cristiano Becker. Processo Civil e Hermenêutica: Os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017.
- MOTTA, Francisco José Borges. Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Salvador: Juspodivm, 2017.
- RODRÍGUEZ, Cezar. La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

STRECK, Lenio L. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio L. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio L. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.