

UMA INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE RICARDO TINOCO DE GÓES: A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

AN INTRODUCTION TO THE THEORY OF RICARDO TINOCO DE GÓES: THE LEGITIMACY OF JURISDICTION AND THE DELIBERATIVE DEMOCRACY

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira 

Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Unidade Acadêmica de Direito, Sousa, PB, Brasil.

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Professor do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande.

Email: andre.maciel@ufcg.edu.br

RESUMO: O presente artigo objetiva apresentar um panorama da teoria de Ricardo Tinoco de Góes quanto à legitimidade democrática da decisão judicial a partir de uma interlocução da jurisdição com a sociedade civil. A metodologia empregada envolve o método indutivo e a pesquisa desenvolvida é de natureza qualitativa e exploratória. Identifica que a base teórica de Góes advém da teoria de Jürgen Habermas, para quem a legitimidade do direito se dá procedimentalmente, pela circulação do poder comunicativo das esferas públicas. Entende que a solução proposta por Góes perpassa pela busca de outros teóricos para construir uma resposta verdadeiramente procedimental, a partir de uma regra de argumentação. Compreende que é possível aplicar, ao poder judiciário, as propostas de legitimidade procedimental feitas por Habermas para o parlamento, o que beneficia tanto a jurisdição constitucional quanto a jurisdição ordinária. Ao final, conclui que a proposta de Góes permite dar uma nova roupagem democrática à decisão judicial, com supedâneo em uma atuação discursiva do poder judiciário com a cidadania.

Palavras-chave: Ricardo Tinoco de Góes; Jürgen Habermas; democracia deliberativa; legitimidade de decisão judicial.

ABSTRACT: This article aims to present an overview of Ricardo Tinoco de Góes' theory regarding the democratic legitimacy of judicial decisions based on a dialogue between the jurisdiction and civil society. The methodology used involves the inductive method and the research developed is qualitative and exploratory in its nature. It identifies that Góes' theoretical basis comes from the theory of Jürgen Habermas, for whom the legitimacy of law is given procedurally, through the circulation of the communicative power of public spheres. It understands that the solution proposed by Góes permeates the search of other theorists to construct a truly procedural response, based on a rule of argumentation. It comprehends that it is possible to apply, to the judiciary, the proposals of procedural legitimacy made by Habermas for the parliament, which benefits both constitutional and ordinary jurisdiction. In the end, it concludes that Góes' proposal allows for a new democratic appearance to be given to judicial decisions, supported by a discursive action by the judiciary with the citizens.

Keywords: Ricardo Tinoco de Góes; Jürgen Habermas; deliberative democracy; judicial decision legitimacy.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A BASE TINOQUIANA NA DEMOCRACIA DELIBERATIVA E NO PODER COMUNICATIVO DE JÜRGEN HABERMAS. 3 OS ELEMENTOS TEÓRICOS DA PROCEDIMENTALIDADE DA JURISDIÇÃO EM E PARA ALÉM DE HABERMAS. 4 A PROPOSTA DE TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL TINOQUIANA REPENSANDO A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO PELA DEMOCRACIA DELIBERATIVA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Na proximidade dos trinta anos de docência do Professor Ricardo Tinoco de Góes e, considerando o impacto que tem no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, sendo responsável pela orientação de diversos trabalhos ancorados na filosofia do direito, fica claro que ele é uma verdadeira referência na área. Nesse contexto, torna-se interessante analisar a proposta teórica daquele jurista potiguar, notadamente, pela influência exercida na produção de trabalhos de direito constitucional e de direito processual civil que tenham como base teórica a obra de Jürgen Habermas.

Portanto, a presente pesquisa apresentou, de maneira sistematizada, a abordagem de Ricardo Tinoco de Góes quanto à legitimidade da jurisdição, com destaque para a versão comercial de sua tese doutoral, intitulada “*Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além de J. Habermas*”. A relevância desse trabalho se mostra na medida em que o homenageado é um dos professores responsáveis pelo projeto de pesquisa

"*A justiça a partir de John Rawls e Jürgen Habermas*" da Linha 02 do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Logo, o objetivo geral da pesquisa é apresentar como a legitimidade da decisão judicial pode ser reconstruída a partir de uma interlocução ativa entre o poder judiciário e a sociedade civil. Quanto aos objetivos específicos, pretende: a) identificar o papel das esferas públicas na teoria de Jürgen Habermas e sua relação com a circulação do poder comunicativo; b) entender os elementos teóricos utilizados por Ricardo Tinoco de Góes na construção de um modelo de decisão judicial; c) compreender como a legitimidade da decisão judicial pode ser reconstruída pela circulação dos discursos advindos das esferas públicas e quais seus efeitos.

Em termos metodológicos, o trabalho foi desenvolvido com o método indutivo, para formular uma abordagem generalista dos aspectos particulares trazidos por Ricardo Tinoco de Góes, com esteio na análise bibliográfica da obra mencionada, além de produções de Jürgen Habermas, de seus comentadores e outros livros, artigos e capítulos de livros ligados à filosofia do direito. Com isso foi produzida uma pesquisa qualitativa e exploratória, oferecendo aos leitores uma visão sistematizada do pensamento exposto por Ricardo Tinoco de Góes.

A divisão do trabalho compreende três seções de conteúdo: a primeira, na qual serão apresentados os pressupostos teóricos de Jürgen Habermas para identificar o papel das esferas públicas e a formação procedimental do direito; a segunda, onde serão debatidos os postulados teóricos acerca da decisão judicial, a partir e para além da perspectiva habermasiana e; a terceira, em que será apresentada a proposta de decisão judicial trazida por Ricardo Tinoco de Góes em sua tese.

2 A BASE TINOQUIANA NA DEMOCRACIA DELIBERATIVA E NO PODER COMUNICATIVO DE JÜRGEN HABERMAS

A tese construída por Ricardo Tinoco de Góes (2013), com vistas à legitimidade democrática de decisão judicial, tem como aporte teórico inicial a obra de Jürgen Habermas. Dito isso, nessa primeira seção, serão identificados os postulados teóricos empregados pelo filósofo frankfurtiano. Assim, será feito um breve panorama sobre a teoria do agir comunicativo e sua conexão com a formação democrática do direito pelas estruturas denominadas de esferas públicas.¹

Habermas parte da linguagem para edificar sua teoria, de modo que a integração social, depende da racionalidade comunicativa, a qual se manifesta por meio do uso performático da linguagem, na busca por consensos e na coordenação das ações entre indivíduos. A racionalidade comunicativa envolve o emprego do agir comunicativo, por intermédio do qual os agentes coordenam seus planos de ação e, a partir de um intercâmbio argumentativo, definem aquilo que farão no mundo objetivo (Habermas, 1996).

É que a racionalidade comunicativa, segundo Habermas, é baseada no uso da linguagem para buscar a formação de consensos, por meio do diálogo argumentativo, onde os interlocutores ouvem, avaliam, respondem às proposições apresentadas e orientam a sua ação. Vale destacar que o consenso não é algo obrigatório ou permanente, na realidade, é uma possibilidade construída, racional e linguisticamente, pelos participantes. Por outro talante, o agir estratégico ocorre quando os agentes objetivam satisfazer apenas seus próprios interesses e visam a seu próprio sucesso, de modo que utilizam de elementos alheios ao discurso para obter uma vantagem em relação ao outro. Isso reduz a linguagem a um mero meio para transmissão de comandos, ordens e ameaças (Habermas, 2004; Habermas, 2012).

O agir comunicativo só é possível de ser materializado a partir de uma situação ideal de fala, que estabelece condições para um diálogo livre de influências externas. A situação ideal de fala exige quatro pressupostos discursivos: a inclusão de todos os possíveis participantes; a igualdade nas oportunidades de expressão; a disposição de todos os participantes para fazer uma

¹ Cumpre salientar que nessa seção não se pretende esgotar ou aprofundar toda a teoria habermasiana, mas sim oferecer os elementos mínimos que se fazem necessários para compreender a proposta teórica de Góes.

avaliação crítica e racional do que é dito; e a plena liberdade na comunicação, sem coerções, garantindo que o melhor argumento seja consagrado como vitorioso (Habermas, 2012).

Uma segunda exigência do agir comunicativo é a existência do mundo da vida, estrutura que, de acordo com Habermas, serve como pano de fundo das interações comunicativas, funcionando como um repositório acessado linguisticamente e que é alimentado pela própria ocorrência do agir comunicativo. É no mundo da vida que os agentes vão encontrar os argumentos necessários para se posicionar no intercâmbio argumentativo que é característico do agir comunicativo. Essa estrutura é composta de três elementos: a cultura (conhecimentos e saberes), a sociedade (normas que regulam as relações sociais) e a personalidade (competências comunicativas dos indivíduos). Esses elementos permitem que os agentes formulem argumentos e construam consensos e, através da linguagem, o mundo da vida sustenta a reprodução cultural, legitima as estruturas sociais e forma a personalidade, promovendo a integração social. No entanto, esse processo não é infalível, consoante a inexistência de qualquer obrigação dos agentes agirem comunicativamente (Habermas, 2016).

O mundo da vida, sustentado pela comunicação, se distingue dos sistemas, que são ligados ao poder estatal e à economia. Os sistemas se dividem em três: o político (Estado), o econômico (produção e mercado) e o sociocultural (formas de vida). A relação entre eles ocorre da seguinte maneira: o econômico financia o político por meio de tributos, enquanto o político direciona ambos, influenciando o sociocultural com políticas públicas. Com o tempo, os sistemas se expandem, impulsionados pelo progresso técnico e pelas forças produtivas, moldando a sociedade por meio de normas, da racionalização do trabalho e da distribuição de riquezas. É a partir do avanço do capitalismo e da expansão sistêmica que o sistema poder/dinheiro começa a colonizar o mundo da vida, impondo sua lógica material sobre as relações simbólicas (Habermas, 1988).

Habermas oferece, como solução à colonização sistêmica do mundo da vida, a reconstrução procedimental do Estado Democrático de Direito, a partir do qual o mundo da vida pode ser resgatado, nos termos do exercício de uma vontade política e de uma consciência cidadã por parte da sociedade civil, fomentando uma produção radicalmente democrática do direito (Habermas, 2000). Essa abordagem perpassa um abandono da leitura weberiana que Habermas (2020) fazia do direito, enquanto estrutura orientada para a regulação das atividades econômicas, o quê, inclusive, contribui para o processo de colonização, ao mediar a substituição do poder comunicativo pelo econômico.

Em sua nova perspectiva, Habermas (2020) abordará o direito em uma alegoria de charneira, a qual chamará de dupla face de Janus, mormente o ordenamento jurídico ora se voltar para uma integração social emancipatória, ancorada na legitimidade procedimental decorrente do exercício da cidadania ativa pela sociedade civil e ora se voltar para os sistemas. Para promover a integração social, o direito opera na tensão entre facticidade (força coercitiva oriunda das sanções que estão acopladas nas normas jurídicas) e validade (reconhecimento da legitimidade das normas jurídicas, ante sua construção democraticamente procedimental, pelo cidadão, enquanto seus destinatários), reconhecendo a existência de liberdades e direitos recíprocos. mitigando os espaços para ocorrência da ação estratégica e estimulando a ação comunicativa.

Dentro do conteúdo do direito, no que concerne à sua função integrativa, há uma segunda tensão, entre os direitos humanos, ou ainda, entre as autonomias privada e pública. Habermas identifica que o direito moderno está amparado na autonomia privada e nos direitos humanos – na tradição liberal – e na autonomia pública e na soberania popular – na tradição republicana. A questão que é identificada pelo frankfurtiano é que há o risco de ênfase em uma ou outra autonomia, o que gera patologias como o paternalismo legal (no caso da autonomia privada) e da ditadura das majorias (no caso da autonomia pública) (Habermas, 2020).

Dito isso, Habermas propõe que essa distorção pode ser corrigida, no nível discursivo, considerando que ambas as autonomias não são mutuamente excludentes, mas, na realidade, são cooriginais ou equiprimordiais. Na visão do frankfurtiano, a soberania oferece a legitimidade para as produções legislativas, ao passo que esta deverá respeitar os direitos humanos. Daí a proposta que existe uma autonomia política do cidadão, pois os direitos humanos dão a substância das normas, ao passo que a soberania popular estrutura o processo deliberativo procedimental para a criação do direito. É nesses termos que Habermas sustenta, por intermédio

da autonomia política, que o cidadão é tanto autor quanto destinatário do direito, de modo que deverá ser um parceiro do Estado na sua elaboração (Habermas, 2020; Habermas, 2002).

Desse construto, Habermas oferece o princípio que promove o reconhecimento mútuo dos meios argumentativos e condiciona a validade das normas de ação ao debate prévio do seu conteúdo por todos os seus potenciais destinatários, imbricando, assim, a legitimidade em um procedimento discursivo e racional. Ao passo que o princípio do discurso é direcionado para as decisões morais, o princípio da democracia fornece o anteparo discursivo para a legitimidade procedimental do Estado Democrático de Direito, ou seja, o direito legítimo é aquele construído pelo diálogo entre cidadão e Estado, nos termos do uso público da razão. Em outras palavras, o princípio da democracia faz o elo entre a autonomia política do cidadão com os processos de institucionalização do direito, que ocorrem pelo exercício do sufrágio universal e pelo intercâmbio argumentativo entre cidadãos livres e iguais, que exercem sua liberdade comunicativa, e o Estado (Habermas 2020).

No modelo de democracia radical e deliberativa de Habermas, o debate público, entre cidadão e o Estado, na figura do poder legislativo, deverá ser democrático, amplo e aberto a todos os destinatários, potenciais ou concretos, da legislação em elaboração. Os cidadãos têm o direito de prestar e pedir informações, justificativas e fazer proposições, argumentando com o Estado. Nesse circuito, não existem decisões definitivas, já que todos os posicionamentos são provisórios, mormente o caráter discursivo e argumentativo do debate público. Ou seja, a possibilidade de revisão dos posicionamentos assumidos promove a possibilidade de que a decisão seja revista e modificada futuramente, o que gera, invariavelmente, uma alternância entre maioria e minoria (Habermas, 2023).

Nas palavras de Habermas, as esferas públicas são metáforas arquitetônicas, configurando espaços para realização da atividade discursiva, com diálogo, argumentação e tomadas de decisão, dentro dos quais os cidadãos vão competir para convencer uns aos outros, mitigando a atuação de grupos de interesse que atuam sistemicamente. O agrupamento das esferas públicas forma as chamadas opiniões públicas, que são formuladas pelo processo comunicativo, no qual diversos posicionamentos, com seus respectivos argumentos, são enfeixados e colocados em circulação (Habermas, 2020).

As esferas públicas serão o instituto que irá promover a circulação do poder comunicativo do cidadão e sua potencial conversão em poder administrativo, sediando os debates públicos. Essas estruturas comunicativas estão localizadas na periferia do círculo administrativo estatal e canalizam os discursos oriundos da sociedade para o núcleo das estruturas do Estado. O conteúdo das deliberações ocorridas nas esferas públicas parte da tematização de diversos interesses, que são discutidos a partir do cotidiano e das suas comunicações triviais, em uma perspectiva de uma sociedade pluralista (Habermas, 2020; Habermas, 1992).

Considerando que Habermas elaborou a teoria acima pensando na reunificação alemã, o frankfurtiano centrou seus esforços em construir uma proposta para a integração social pelo diálogo entre a sociedade civil e o parlamento. Essa, na sua visão, seria a maneira de conectar, o passado com o futuro, como em uma charneira: uma faceta se voltando para compreender a história da Alemanha e a outra para construir o amanhã na República de Bonn (Specter, 2011). Infelizmente, Habermas nunca retomou a temática sobre a filosofia do direito, direcionando seus interesses para o estudo da política da Europa, de modo que seus estudos subsequentes foram voltados para a filosofia política (Müller-Doohm, 2016).

A despeito de trazer uma teoria bastante sólida para a interlocução da sociedade civil com o poder legislativo, Habermas não produziu grandes considerações sobre a figura do poder judiciário, sendo sua própria teoria de decisão judicial uma reconstrução, pelo agir comunicativo, da teoria dos direitos de Ronald Dworkin. De igual maneira, o frankfurtiano também apresenta uma análise muito breve da figura da jurisdição constitucional, sem fazer qualquer aprofundamento quanto às possibilidades de diálogo entre o poder judiciário e as esferas públicas – e é sobre esse ponto que a próxima seção estará debruçada.

3 OS ELEMENTOS TEÓRICOS DA PROCEDIMENTALIDADE DA JURISDIÇÃO EM E PARA ALÉM DE HABERMAS

Habermas, com supedâneo em Dworkin, Klaus Günther e Peter Häberle, formula uma teoria própria sobre a decisão judicial, baseada, respectivamente, em elementos como o julgamento por princípios e o romance em cadeia, a divisão entre os discursos de fundamentação e de aplicação e o reconhecimento de um direito fundamental do cidadão de participar dos processos comunicativos do Estado.² Essa construção se vincula à tensão entre facticidade e validade, de modo que as decisões judiciais devem promover a integração social e ser, simultaneamente, racionalmente aceitáveis pelos seus destinatários, além de assegurar a segurança jurídica (Habermas, 2020).

Habermas (2020) entende que as decisões judiciais, operam no âmbito dos discursos de aplicação do direito, ou seja, a produção da decisão judicial envolve a escolha das normas adequadas ao caso concreto – ficando o discurso de fundamentação, pertinente à validade, restrito ao poder legislativo.³ As decisões judiciais precisam ser corretas, de modo que sejam construídas, livres de influências externas ao discurso jurídico, pela participação cooperativa dos atores processuais, que serão seus destinatários. De outro giro, as decisões também devem ser consistentes e possuírem pertinência com o ordenamento jurídico, de tal maneira que atendam ao primado da segurança jurídica.

Dentro dessa cisão entre os discursos de adequação e de fundamentação, Habermas enxerga que existem zonas cinzentas, que se aproximam da ideia de *hard case* de Dworkin, de maneira em que não existe uma norma aplicável ou a única norma existente se mostra insuficiente. Ocorre que o frankfurtiano faz pouquíssimas ponderações sobre o assunto e nem aprofunda a questão, deixando de debater como o modelo de circulação do poder comunicativo pode ser aplicado à jurisdição, em especial, nessas situações. A posição de Habermas se resume às seguintes palavras:

Na medida em que os programas legais exigem uma concretização configuradora de direitos, de tal modo que a justiça, apesar de todas as cautelas, tenha de tomar decisões na zona cinzenta entre a produção legislativa e a aplicação do direito, os discursos jurídicos de aplicação precisam ser complementados de forma clara com elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase legisladora da opinião e da vontade demandam por certo um outro tipo de legitimação. Esse ônus legitimatório adicional poderia ser satisfeito com a obrigação de a justiça oferecer justificações frente a um ampliado fórum judiciário crítico. Para isso, seria necessária a institucionalização de uma esfera pública jurídica que vá além

² Sobre a teoria da decisão judicial de Habermas: “Com efeito, Habermas reconhece os limites existentes nas teorias de Dworkin, em especial quanto ao caráter monológico do juiz Hércules e à dificuldade de realizar esse projeto pela sobrecarga argumentativa que é posta nos ombros do julgador. Para mitigar esse fator, Habermas sugere a inserção do agir comunicativo para fazer uma reconstrução procedimental do juiz Hércules, de modo que ele divida seu ônus argumentativo com os destinatários da decisão. De outro giro, Habermas se valerá de Günther para tratar da divisão entre discursos de adequação e discursos de validade, com o afã de demarcar o espaço de inserção da decisão judicial no primeiro tipo discursivo. O objetivo aqui é delimitar a argumentação jurídica dentro de uma situação concreta, evitando, mais uma vez, sobrecargas argumentativas e fugindo, também, de abordagem reducionista que confundem os discursos jurídicos com os discursos morais” (Pereira; Góes, 2023, p. 21)

³ Klaus Günther aborda a questão da legitimidade da jurisdição considerando que essa tem uma origem comum com a do poder legislativo, pois ambas compartilham as mesmas regras procedimentais e as mesmas exigências de racionalidade, a despeito de serem instâncias independentes. Dito isso, Günther compreende que, em um caso concreto, diversas normas colidem para saber qual será aquela aplicada. A validade dessas normas advém dos discursos de fundamentação, praticados pelo poder legislativo, pois a coerência normativa ocorre na medida em que ela é racionalmente justificada perante a sociedade. Ao juiz, enquanto terceiro imparcial, não caberá discutir o que é direito e o que não é, ou ainda, a validade das próprias normas. A jurisdição caberá tão somente a promoção do discurso de adequação, escolhendo, fundamentadamente, qual a norma aplicável ao caso concreto dentre aquelas aplicáveis *prima facie* (Günther, 1995). Habermas (2020) adota parcialmente a teoria de Günther, com uma divisão mais flexível entre os discursos, pois entende que, se essa cisão for levada às últimas consequências, a coerência interna do direito será deslocada para a casuística, o que fere de morte a segurança jurídica.

da atual cultura de especialistas e que seja suficientemente sensível para transformar decisões fundamentais problemáticas em foco de controvérsias públicas (Habermas, 2020, p. 555).

Aproveitando essa lacuna deixada por Habermas, Góes (2013) irá propor uma solução para as situações de anomia, com a produção dos discursos de fundamentação pelo poder judiciário, entregando uma teoria que oferece a legitimidade democrática adicional, requerida pelo frankfurtiano, conforme se depreende do fragmento acima. A ênfase de Góes está nas situações que configuram anomia, elaborando, a partir do diálogo de Habermas e outras fontes teóricas, um alinhamento do poder judiciário com os preceitos da democracia deliberativa procedimental e dos ideais democráticos e discursivos.

Góes (2013) inicia sua projeção teórica para além de Habermas com uma breve incursão na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer⁴, tendo como pressuposto o fato de tanto essa corrente quanto o procedimentalismo discursivo negarem a filosofia da consciência de Immanuel Kant e, a despeito de suas diferenças, ser possível vislumbrar uma submissão de uma consciência histórico-efetual à historicidade – dimensão histórica que fornece o contexto e o limite para os processos de interpretação e de compreensão.

Como Habermas expressa seu consenso com Gadamer quanto à crítica ao objetivismo científico, Góes (2013) se vale desse ponto para se apropriar da historicidade, afirmando que a função da jurisdição tem tanto um sentido crítico-reflexivo – projetado à concretização da emancipação nos termos habermasianos – quanto um sentido histórico, que se verifica no contexto no qual o instante da interpretação está imerso. A historicidade servirá, então, como ponto de partida para o processo de interpretação exercida pelo julgador.

Isso permitirá a Góes enfrentar a insuficiência da cisão entre os discursos de fundamentação e de aplicação, pois a historicidade permitirá a discussão “se e em que medida a ideia de que princípios captados do sistema jurídico podem, no presente ou num passado remoto, preencher, de fato, o ideal de legitimidade necessário para suas eventuais aplicações” (Góes, 2013, p. 165). Assim poderá o julgador fazer uma pré-compreensão, que permite a ele desvelar o sentido dos princípios, e sua potencial aplicação ao caso concreto, submetendo esse construto a reflexividade crítica do discurso, por intermédio do diálogo com as esferas públicas (Góes, 2013).

Ainda nesses meandros, as sociedades modernas são plurais e apresentam uma alta complexidade, o que faz surgir conflitos individuais e metaindividuais (v.g. direitos difusos) e requer um novo pacto social, calcado na perspectiva do exercício da cidadania pela sociedade civil. Isso deve se dar em um processo de emancipação democrática, no qual a estabilização das expectativas comportamentais se dá em espaços de institucionalização discursiva, as quais conseguem absorver os ditos conflitos (Góes, 2013).

Esse cenário traz consequências para o exercício da jurisdição, mormente a necessidade de recorrer aos princípios, os quais se sujeitam ao mesmo nível de complexidade que a sociedade. Afinal, esses princípios estão historicizados nela e passam por processos de complexificação a partir da realidade na qual serão aplicados. Isso demonstra a incompatibilidade da perspectiva a-histórica dos discursos de aplicação de Günther, pois a jurisdição precisa complementá-los com os discursos de fundamentação, consoante a própria complexidade dos princípios. Ignorar esse preceito implica no esvaziamento do conteúdo das fontes principiológicas e de sua redução a mera fórmula mágica para construção dos conflitos (Góes, 2013)

⁴ Na teoria de Hans-Georg Gadamer, o processo interpretativo envolve a realidade e a historicidade factual, dada na fusão dos sentidos entre passado e presente. Assim, a interpretação se dá para além do texto e é uma forma de compreensão, logo, a interpretação jurídica deve concretizar a validade jurídica do dispositivo contido no texto legal, cuja compreensão ocorrerá no próprio instante da interpretação, a qual se dará em um caso concreto e que requer a aplicação da norma (Bahia, 2004; Gadamer, 1999). Para Habermas (2020), Gadamer soluciona o problema da racionalidade da jurisdição através do complexo histórico, circunscrevendo a norma ao caso concreto no qual incidirá. A mensuração dessa racionalidade se dará pela análise dos costumes e das decisões judiciais anteriores. Todavia, Habermas refuta a perspectiva gadameriana por compreender que os processos de pré-compreensão poderão redundar em uma interpretação jurídica puramente ideológica.

O próximo teórico em que Góes (2013) busca aporte é Robert Alexy, de quem pretende obter uma argumentação afinada com o pluralismo jurídico. Com efeito, a complexidade social é caracterizada pela rivalidade entre os diversos discursos e os projetos de vida existentes, os quais digladiam entre si para definir qual será aquele que preponderará de forma hegemônica. Essa perspectiva servirá para reforçar a abertura da jurisdição ao diálogo com as esferas públicas da sociedade civil como o caminho para uma decidibilidade democrática dos conflitos.

A tese do caso especial, desenhada por Robert Alexy⁵, enfatiza a diversidade argumentativa do pluralismo – a argumentação jurídica pode receber argumentos éticos, morais e pragmáticos –, o que reforça a opção de Góes pela entrançadura entre a missão institucional da jurisdição com a argumentação estabelecida pelas esferas públicas e o emprego de princípios jurídicos para a solução das questões jurídicas. Outrossim, a própria escolha de um princípio, em detrimento de outro, caso haja colisão, também deve ser objeto de uma abertura democrática, mormente a universidade daquela categoria normativa requerer que haja um discurso de fundamentação complementar ao de adequação. Ou seja, a justificativa, após diálogo com a sociedade, dos motivos que sustentam a validade daquele princípio, no caso de uma ponderação dentre diversos princípios aplicáveis (Góes, 2013).

Fazendo uma síntese parcial, até o momento, Góes firma sua regra de argumentação discursiva, compreendendo que o juiz está situado na historicidade e, nesses termos, formula uma pré-compreensão sobre a situação sob análise, inclusive quanto aos princípios aplicáveis. Essa construção será colocada ao debate, com a esfera pública, que irá apresentar todos os argumentos pertinentes, como uma maneira de identificar os valores que deverão preponderar no julgamento. O próximo passo é a formulação da decisão judicial, a qual é amparada pelo sentido construtivo da teoria de Dworkin.

Góes busca uma complementação da sua proposta na teoria dos direitos e do direito como integridade, de Dworkin⁶, valendo-se do aparato argumentativo e discursivo de Alexy, contudo, rejeitando o conceito de princípio adotado pelo segundo. Para Góes (2013), o caráter deontológico dos princípios, descritos por Dworkin, enquanto normas de mesma potencialidade

⁵ A linha de pensamento de Robert Alexy é pautada pela ideia de que o sistema jurídico é dotado de pretensões de correção e é representado por uma Constituição com eficácia social. O texto constitucional é estruturado em direitos fundamentais que se dividem entre regras e princípios: a primeira categoria orienta a produção legislativa, ao passo que a segunda categoria oferece os mecanismos de correção moral, possuindo um efeito irradiativo para todo o sistema jurídico. Os princípios são mandamentos de otimização, orientando a realização do bem jurídico ao qual estão interligados, na maior proporção possível, dentro dos aspectos fáticos e jurídicos em questão. O discurso jurídico em Alexy é orientado ao balanceamento principiológico, feita pelo Tribunal Constitucional, quando da colisão de princípios dentro de um caso concreto, a qual é resolvida pelo instituto da ponderação (Alexy, 2008; 2011; 2015). Habermas (2020) rejeita o modelo valorativo de Alexy, pela redução do discurso jurídico a uma argumentação moral, na qual se discute a própria validade do direito, o que não permite alcançar uma única decisão correta para o caso, além de depender de um agir comunicativo obrigatório, pelas partes, que é impossível no processo judicial. Daí a escolha, pelo frankfurtiano, da teoria de Günther com a divisão dos discursos de aplicação e de fundamentação.

⁶ Dentre vários pontos, Ronald Dworkin (2002), a partir de uma argumentação principiológica, trabalha com a resolução dos *hard cases* ou casos difíceis, que são aqueles nos quais há uma ausência normativa para o caso concreto. Dessa maneira, Dworkin diferencia os princípios das regras e das políticas: os princípios possuem conteúdos morais e são trunfos para que os cidadãos reivindiquem direitos, servindo, especialmente, para construir a resposta correta para os casos difíceis; as regras são os comandos básicos do direito, aptas à resolução dos casos simples e; as políticas são os padrões finalísticos que orientam o poder legislativo na concretização de melhorias para a sociedade. O recurso aos princípios é necessário consoante o judiciário não puder empregar argumentos políticos na criação de direitos, precisando dos argumentos principiológicos, os quais conferem legitimidade à decisão judicial. A operacionalização do modelo de Dworkin (1999) se dará através de Hércules, um julgador mítico capaz de compreender e reconstruir a história social para preencher o conteúdo moral dos princípios e conseguir a melhor interpretação possível. Já a segurança jurídica, advinda do respeito à integridade e coerência do direito, é tratada, por Dworkin através do romance em cadeia, pelo qual os juízes analisam e argumentam com os precedentes judiciais anteriores à sua decisão, promovendo uma interpretação reconstrutiva do próprio ordenamento jurídico para formulação da decisão. Habermas (2020) adota a teoria de Dworkin como base para sua teoria da decisão judicial, por compreender que ele consegue garantir as coerências interna e externa do direito, contudo, tece críticas ao caráter monológico e solipsista de Hércules, propondo que o julgador mitigue esse fardo com o diálogo com os destinatários da decisão.

prescritiva que as regras, de conteúdo moral, independentes da atividade legislativa e aplicados pelos tribunais se mostra mais interessantes na construção da decisão judicial.

Ainda, Góes (2013) sustenta que a interpretação reconstrutiva dworkiana garante a coerência do direito, na medida em que possibilita fundamentar a invocação dos princípios no âmbito do presente, sem, contudo, deixar de observar – ou argumentar com – os precedentes judiciais já consolidados. Isso conduz para a formulação da única resposta correta para o caso concreto, na qual passado e presente se equilibram na construção das decisões que, futuramente, também servirão de precedente judicial.

Todavia, Góes refuta a ideia do juiz Hércules, personagem idealizado por Dworkin como uma figura mítica capaz de juntar todas as atribuições necessárias para promover o julgamento por princípios, como um ser isolado – o que redundaria, na prática, em um juiz impossível e solipsista. Nesse ponto, Góes retorna para Habermas, propondo, assim como o frankfurtiano, que Hércules se coloque ao diálogo, falando com a sociedade civil e ouvindo o que ela tem a dizer (Góes, 2013).

Ainda que exista uma certa dificuldade, tendo em mira os diferentes conceitos de princípios que são utilizados, Góes promove uma junção dos aportes teóricos de Alexy, Dworkin e Habermas, a qual é intermediada pela crítica que Paul Ricoeur⁷ faz da teoria dworkiana. Ricoeur assinala que o jurista americano elabora sua teoria de interpretação sem recorrer à argumentação. Assim, faz-se necessária a promoção de um “entrecruzamento de interpretação e argumentação”, o qual “se dá tanto interna como externamente no discurso jurídico produzido nas cortes, juízos e tribunais” (Góes, 2013, p. 191). Com efeito:

No âmbito interno do discurso, quando se argumenta sobre a aplicação de uma regra a um dado fato, inevitavelmente se interpreta sobre a conjunção de ambos, como uma unidade [...] Já no âmbito externo, que consiste na análise judicial das premissas da decisão, Ricoeur reconhece, ainda com mais ênfase, aquele entrecruzamento, pois o Juiz, partindo de uma posição que não se confunde com a do legislador, sempre incorporará a seus argumentos o Direito em vigor, quando assim o faz aplicando as leis e percebendo a variabilidade, a vagueza e até as lacunas que elas reúnem, sempre por meio de interpretações. Também quanto aos princípios, registra-se a indisfarçável presença do ato interpretativo na argumentação que sopesa cada um deles frente ao caso a ser decidido. Fala-se assim, pois, sopesar é, mais diretamente, interpretar com gradação, avaliar com prudência os pesos que argumentativamente se empregam a cada um dos fatos (Góes, 2013, p. 191).

Ato contínuo, Góes irá debater o conceito de procedimentabilidade, de Rudolf Wiethölter⁸, e sua compatibilidade com o deslocamento dos discursos de fundamentação para o judiciário. Góes (2013) reconhece que a ideia de procedimentabilidade, de Wiethölter, se interliga com a

⁷ Para Paul Ricoeur, os argumentos devem ser compreendidos, considerados plausíveis e serem aceitáveis por todas as partes envolvidas na questão. Por isso, Ricoeur sustenta uma pragmática universal do discurso que se dá pela correção racional do discurso advinda da discussão – e interpretação – pública dos argumentos apresentados. Para o âmbito interno do discurso, Ricoeur consigna que a argumentação acerca da aplicação de uma regra abarca a interpretação sobre ela e sobre o fato no qual incidir, os quais devem ser tidos como um conjunto. Nesse cenário, a universalidade é uma regra de controle dos processos de ajuste recíprocos entre as interpretações da norma e do fato. Por sua vez, no âmbito externo, Ricoeur afirma que o papel e a posição do juiz não se confundem com a do legislador, pois o julgador deverá incorporar, em seus argumentos, o direito vigente (Ricoeur, 2008).

⁸ O objetivo de Rudolf Wiethölter é a reconstitucionalização da liberdade a partir de critérios, de meios e de procedimentos para a justificação legal, processo esse que denomina de procedimentabilidade ou proceduralização. Essa proposta se projeta para além de uma dicotomia entre o direito sistêmico de Niklas Luhmann e a interface direito e mundo da vida de Habermas, pois trabalha com a racionalidade jurídica a partir da mediação entre a universalidade normativa e as circunstâncias reais. A procedimentabilidade ocorre pela transformação de um contexto social do direito à liberdade em um sistema de justificação de novos contextos sociais de ideias e interesses, o que permite desenvolver dogmáticas jurídicas específicas para a interpretação e aplicação normativa, em uma reconstrução contínua da ligação com a filosofia política burguesa, visando a reproduzir suas transições idealistas e materialistas em diferentes contextos como projetos de aprendizado social (Wiethölter, 1986).

de Habermas, consignando que o procedimento é o único caminho para a revisão crítica dos interesses que lastreiam a proteção jurídica de direitos individuais e coletivos. Dessa maneira, torna-se viável a superação dos paradigmas individualista e coletivista dos direitos, em um procedimentalismo crítico e construtivo, o qual também envolve a atividade jurisdicional, sobretudo, nos casos difíceis, que abordam novos direitos.

Como a procedimentalidade permite uma ampla liberdade de participação dos indivíduos, notadamente em uma sociedade complexa e pluralista, no qual existem diferentes valores, interesses e posições (Góes, 2013), o jurista potiguar reconhece a necessidade de um analisar o *status* constitucional da proporcionalidade, o que é feito com um aporte em Willis Santiago Guerra Filho⁹. Com efeito, Góes (2013), coletará de Guerra Filho que a proporcionalidade é o princípio dos princípios, mormente a ponderação que viabiliza no âmbito da argumentação jurídica voltada à solução de conflitos principiológicos. Nesses meandros, a argumentação jurídica ficará submetida a um consenso anterior sobre os valores que orientam a interpretação e a aplicação dos princípios jurídicos, o que se aplica, especialmente, em casos nos quais existem opiniões e perspectivas divergentes.

O último aporte para além de Habermas, que é feito por Góes (2013), está na teoria da sociedade aberta dos intérpretes, de Peter Häberle¹⁰, com a qual irá arrematar o fechamento de sua proposta teórica sobre a teoria da decisão judicial. Häberle está alinhado com a percepção de que as sociedades contemporâneas são pluralistas, o que acaba influenciando, involuntariamente, na interpretação constitucional. Góes (2013, p. 214) perceberá uma confluência com a tese de Häberle, pois “o papel do legislador no processo político não difere em essência do que se reconhecer pertencer ao juiz, isso em relação à interpretação constitucional”.

A jurisdição, sob a ótica de Góes (2013) poderá resgatar o déficit de legitimidade que possui, quanto à edição de normas que refletem os anseios da sociedade aberta dos intérpretes, desde que o faça mantendo a mesma dignidade que deve ser esperada da legislação. E isso se dá pela participação ativa e efetiva das esferas públicas, em diálogo com o judiciário, com ampla garantia de participação e de deliberação da sociedade civil corporificada no modelo social da sociedade aberta de intérpretes constitucionais. Essa é uma exigência que as sociedades contemporâneas, pós-convencionais, complexas e plurais trazem para a legitimidade da jurisdição, a qual requer uma nova concepção discursiva de democracia orientada à participação cidadã nos processos decisórios para ser operacionalizada.

⁹ Willis Santiago Guerra Filho propõe uma teoria processual da Constituição, a qual articula os direitos fundamentais com o processo constitucional, o que enseja a efetivação de direitos e de valores constitucionais. Ainda que tenha uma faceta material, a Constituição é uma lei processual, pois organiza as competências e o funcionamento do Estado, traçando, assim, as condições para aplicação de direitos, em especial, através do processo judicial. Guerra Filho recorre ao princípio da proporcionalidade para afirmar que se trata de um princípio dos princípios, pois é a ferramenta apta à resolução dos conflitos entre valores e interesses que são verificados nos casos difíceis, além de afirmar que o conceito de procedimentalização do direito, tratado por Wiethölter e descrito acima, é um caminho pelo qual o Estado Democrático de Direito pode garantir os direitos de participação e de liberdade dos cidadãos, mediante o prévio debate público sobre a necessidade e a adequação dos meios (Guerra Filho, 2007).

¹⁰ O ponto de partida de Peter Häberle, ao desenhar sua teoria da sociedade aberta dos intérpretes, está na reformulação da classificação dos direitos fundamentais. Häberle (2019) afirma que o cidadão possui o direito político fundamental de participar dos processos e dos procedimentos estatais para formação de consensos. Isso conduz para uma abordagem inovadora da hermenêutica constitucional, na qual Häberle (2002) sustenta que o cidadão é um pré-intérprete da Constituição, mormente ser o destinatário da interpretação constitucional. Essa abertura ocorre porque a interpretação precisa absorver todas as potências públicas dos participantes materiais do processo social, as quais podem ser percebidas através das esferas públicas plurais. Essas formulações fazem Häberle deslocar a soberania popular estrita para uma democracia do cidadão, a qual é mais realista que a democracia popular, por fornecer uma bússola para a interpretação constitucional. Dessa forma, Häberle (2013) cria uma ponte entre a cidadania e a jurisdição, para formar o que chama de interpretação constitucional pluralista, pela qual são maximizados os direitos fundamentais. Inclusive, esse postulado é adotado por Habermas (2020), o qual afirma que é necessária uma interlocução do cidadão com a jurisdição na formação dos discursos de adequação.

4 A PROPOSTA DE TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL TINOQUIANA REPENSANDO A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO PELA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Por tudo que foi palmilhado na seção anterior, verificou-se que a proposta de decisão judicial de Góes se dá em duas etapas, a primeira na qual o juiz, enquanto sujeito submetido à historicidade, a partir da pré-compreensão, desvela os sentidos aplicáveis aos princípios. Em seguida, essa construção provisória é colocada em diálogo com a sociedade civil, para determinar quais são os valores que devem preponderar para orientar a jurisdição na identificação de qual princípio deverá ser aplicado, deontologicamente, no caso concreto.

Dito isso, nessa derradeira etapa de desenvolvimento, serão debatidas as consequências do projeto engrenado por Góes para a legitimidade da decisão judicial, mostrando as suas contribuições autorais e o impacto que podem ter na jurisdição constitucional, bem como na jurisdição ordinária.

Góes (2013), reconhece que a teoria monista trata a decisão judicial como uma norma que vincula seus destinatários e que detém a mesma base de legitimidade que as regras jurídicas produzidas pela legislação. Esse fundamento de validade, introduzido por Hans Kelsen (2000), atrela a legitimidade à validade, como uma estrutura de pertença dentro de uma rede normativa escalonada, tendo, em seu topo, a Constituição. Além disso, a legitimidade também é uma imposição democrática, dado que não pode ser reduzida a uma mera decorrência da legalidade, requerendo, como seu pressuposto, a participação dos cidadãos em sua formação.

Essa participação cidadã está, como visto acima, no núcleo do edifício teórico de Góes, logo, a decisão produzida nos ditames da sua proposta será dotada de legitimidade conteudística. Esse conceito será derivado por Góes (2013) a partir de Ernst Wolfgang Böckenförde¹¹ como uma resposta à legitimidade pela legalidade, ou de validade formal, característica do positivismo, encampada por Kelsen e, ao mesmo tempo, buscar a construção de um conteúdo valorativo para o procedimentalismo habermasiano. Ou seja, a legitimidade conteudística da jurisdição está atrelada, na produção dos discursos de fundamentação, característicos dos casos difíceis, nas “instruções” advindas do debate público entre o poder judiciário e a sociedade civil.

Sedimentada a ideia de legitimidade conteudística da decisão judicial, Góes irá debater, então, como a interlocução da cidadania ativa com a jurisdição pode ocorrer e quais são, nesse quadro, as opções teóricas. Em um momento inicial, em uma passagem na filosofia política, Góes (2013) rechaça a postura comunitarista¹², por considerar que ela representa uma forma de

¹¹ Ernst Wolfgang Böckenförde afirma que o povo é o titular do poder do Estado e que isso é um princípio central, tanto político quanto jurídico, para a democracia, em especial, por estar imbricado na ideia de legitimidade. Dessa forma, todas as ações estatais e todo o exercício do poder estatal requerem de uma legitimação democrática que derive do povo, ainda que parte dele - e aqui não se trata somente do direito público, mas, na realidade, de toda a atuação que requeira a autoridade estatal. A finalidade da legitimação democrática é assegurar uma influência efetiva, do cidadão, no exercício do poder estatal, de modo que Böckenförde retrata três espécies de legitimidade: a democrática funcional e institucional, a democrática orgânico-pessoal e a material ou conteudística. A legitimidade conteudística trabalha com uma correlação entre responsabilidade democrática, dependência de instruções e vinculação à legislação e visa a garantir que o exercício do poder estatal esteja em conformidade com a vontade do povo, o que é feito por dois caminhos: o primeiro é a atribuição da função legislativa ao Parlamento, como representante direto do povo, e a vinculação de todos os outros órgãos estatais às leis aprovadas por ele; e, o segundo, é a responsabilização democrática dos representantes do povo, assegurada por mecanismos de controle e pelas eleições regulares. Para o judiciário, devido à sua natureza, enquanto instância estatal dotada de independência e que não está sujeita às instruções nem à responsabilidade política direta, há de se ter uma contrapartida para tais garantias, que é a vinculação estrita à lei, sem qualquer discricionariedade. Todavia, nos casos em que a lei é imprecisa quanto ao seu conteúdo ou finalidade, a dependência de instruções torna-se essencial para manter a legitimidade democrática (Böckenförde, 2000).

¹² “Segundo a concepção comunitarista, existe uma conexão necessária entre o conceito discursivo de democracia e a referência a uma comunidade concreta, eticamente integrada. Pois, do contrário, não se poderia explicar como uma orientação dos cidadãos ao bem comum é de todo possível. De acordo com o argumento, o indivíduo pode tornar-se consciente de seu pertencimento a uma forma de vida coletiva e, com isso, de um vínculo social prévio que não se encontra à disposição, apenas em uma práxis exercida em comum com os demais [...] Segundo essa leitura, somente no intercâmbio público com aqueles cuja identidade se deve às mesmas tradições e a processos de formação semelhantes, o indivíduo pode tomar consciência de seus traços comuns e suas diferenças, obtendo, assim, clareza sobre quem é e gostaria de ser. Nesse autoentendimento coletivo, impõe-se também um motivo para a superação do egocentrismo e do autointeresse, a saber, a experiência de que a exclusão e a opressão de

participação cidadã caricata, na forma de movimentos sociais que, por serem ideologizados, representam os interesses estratégicos de grupos que operam a partir do poder e do dinheiro.

A aposta de Góes é pela institucionalização de espaços de participação autônoma e espontânea para a discussão da situação em análise e dos valores jurídicos ligados a ela. Esse espaço deve ser regido pelos princípios do discurso e da democracia, ser amplo e acessível e orientado à obtenção do consenso – ainda que não haja obrigatoriedade dessa figura ocorrer e sejam aceitos dissensos. Essa interlocução deverá ser processualizada e espelhada na procedimentabilidade discursiva, ocorrendo em momento anterior à decisão e não sendo, necessariamente, endoprocessual. Sua finalidade é aperfeiçoar a tomada de decisão pelo poder judiciário tratando todos os membros da sociedade como iguais (Góes, 2013).

Ademais, essa interlocução se prestará à tutela dos interesses da cidadania e dos direitos fundamentais, contribuindo para a resolução dos casos difíceis, pois o conflito principiológico, muitas vezes, ocorre na tutela de direitos constitucionalmente previstos. A intenção é oferecer uma proteção substancial a essa categoria de direitos, mas, sem que ocorram paternalismo ou posições solipsistas. O viés procedimental permite a satisfação das pretensões dos cidadãos, enquanto titulares dos direitos fundamentais (Góes, 2013).

Ao tratar dos direitos fundamentais, Góes (2013) rejeita a tese de Habermas para a jurisdição constitucional¹³ pois, de acordo com a visão do frankfurtiano, diversos instrumentos hoje empregados na práxis constitucional brasileira, que supostamente seriam uma invasão na competência parlamentar, como, por exemplo, a interpretação conforme a Constituição e a modulação de efeitos. Por esse motivo, Góes irá apresentar as implicações de sua proposta para a jurisdição constitucional, para a jurisdição ordinária e para o dever de fundamentação das decisões judiciais.

O primeiro ponto que Góes (2013) trabalha, considerando que a jurisdição constitucional pode exemplificar a aplicação de sua teoria, é o da interpretação conforme a Constituição. Em sua leitura, a interpretação conforme, serve para reconstruir racionalmente os princípios constitucionais a partir da própria realidade normativa e não de valores hierarquizados em uma análise subjetiva e discricionária. Pela aplicação da regra de argumentação proposta, poderá o judiciário, em debate com as esferas públicas, estabelecer, naquele momento e naquele contexto fático, qual princípio constitucional deverá guiar a interpretação da legislação sob análise, o que se fará em consonância com o princípio da supremacia da Constituição.

Em seguida, Góes aborda a legitimidade da decisão judicial na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e o controle de constitucionalidade por omissão. No que toca a pronúncia de nulidade, Góes (2013) afirma que, a despeito de ela ser a regra no controle de constitucionalidade, é possível estabelecer, no diálogo com a esfera pública, se há interesse na pronúncia de nulidade. A partir desse ponto, podem ser obtidos, dialogicamente, fundamentos suficientes para aplicação da técnica, atendendo ao interesse da cidadania na preservação da norma inconstitucional no ordenamento jurídico. Essa mesma abordagem também se aplica para o caso das omissões constitucionais parciais.

Já para os casos de omissão inconstitucional absolutas, o modelo de Góes (2013) possibilita a produção de uma decisão judicial que não só reconhece a lacuna, como, também, a preenche, indicando a forma de exercício ou de proteção do direito omissivo que é pleiteado. Essa decisão é provisória na medida em que valerá até que a omissão seja sanada pelo poder

alguns traz por consequência a alienação de todos – a experiência de uma “causalidade do destino” que faz cada um sentir como dor o isolamento de um contexto de comunicação inescapavelmente comum. Por isso, segundo a visão comunitarista, os únicos discursos genuinamente políticos são aqueles conduzidos com a finalidade do autoentendimento coletivo. [...] Entretanto, essa assimilação da formação política da opinião e da vontade ao autoentendimento ético-político não se adequa bem à função exercida pelo processo legislativo no qual desemboca. É certo que nas leis também se inserem conteúdos teleológicos, mas elas não se resumem a finalidades coletivas. Sua estrutura é determinada pela indagação sobre quais normas os cidadãos pretendem regular sua convivência.” (Habermas, 2020, p. 298-299).

¹³ Habermas (2020) promove uma ampla crítica ao exercício da jurisdição constitucional, consoante a jurisprudência dos valores criar uma hierarquia valorativa que atenta contra a própria Constituição e viabilizar a judicialização da política no âmbito da corte constitucional. Para o frankfurtiano, o papel da jurisdição constitucional é salvaguardar a estrutura procedimental, a qual deve ser respeitada pelo legislador em sua atuação, promovendo, nesses termos, a proteção dos direitos fundamentais e da autonomia política do cidadão.

legislativo, contudo, ostentará a condição de regra jurídica, apta a regular a situação concreta. Góes, inclusive, ressalta que esse posicionamento concretista é o adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao mandado de injunção¹⁴. Por sua vez, o conteúdo da decisão será pautado pela legitimidade conteudística, obtida pelo intercâmbio discursivo entre o poder judiciário e as esferas públicas.

Na jurisdição ordinária a proposta de Góes tem especial valia para os casos de tutela de interesses difusos e direitos coletivos, consoante o processo de complexificação das relações sociais ensejar a formação de novos vínculos jurídicos e novas proteções de interesses. Para esses casos, a interlocução entre espaço público e poder judiciário permite a construção valorativa do quê aquele interesse metaindividual representa no âmbito da sociedade civil. Aqui são ressaltadas as figuras das audiências públicas e do *amicus curiae*¹⁵ enquanto instrumentos da democracia deliberativa orientada à participação cidadã e que facilitam o processo decisório nas ações coletivas, civis públicas e populares (Góes, 2013).

A última consequência projetada está para a fundamentação das decisões judiciais, consoante Góes (2013) compreender que o dever constitucional de justificação de motivos dos órgãos judiciais requer um compromisso com os valores democráticos. Dessa feita, a fundamentação deve incluir a contribuição discursiva promovida por todos os interessados que participaram da sua formação, pois a jurisdição tanto deve ser convencida quanto, também, deve convencer. Por isso a decisão precisa convencer o auditório universal – conceito sacado por Góes de Chaïm Perelman¹⁶ –, prestando referência aos interesses titularizados da cidadania e, em especial, no caso em que são tutelados direitos de menores.

Feito todo esse construto, ao cabo, Góes (2013) apresenta sua contribuição autoral, considerando a extensão da teoria habermasiana de deliberação democrática para a jurisdição. Pela sua teoria, Góes consegue sustentar que a jurisdição dá origem a mesma normatividade que o poder legislativo, com a diferença do recurso à uma legitimidade discursiva. Dessa maneira, Góes consegue romper com o dedutivismo/legalismo, mormente sinalizar os princípios – e não a estrita legalidade positivista – como fonte de normatividade, além de se insurgir contra o decisionismo/protagonismo dos tribunais, afastando qualquer forma de paternalismo judicial pela

¹⁴ Ao descrever os efeitos deste remédio constitucional em análise, a doutrina se divide em duas linhas: concretistas e não concretistas. A corrente não concretista, com aporte na leitura clássica da separação dos poderes, apregoa que o judiciário deve se restringir a declaração da omissão legislativa, incumbindo ao poder legislativo editar a competente regulamentação. Em diversos julgados, o Supremo Tribunal Federal adotou esse posicionamento, que se mostrou ineficaz para produção dos efeitos necessários. Na visão da corrente concretista, o judiciário é competente para resolver a lacuna provisoriamente, até posterior deliberação do legislativo. Disso tem-se nova ramificação, quanto à abrangência dos efeitos e quanto ao momento em que devem incidir. De acordo com a posição da teoria “concretista geral”, o mandado possui eficácia *erga-omnes*; enquanto a tese “concretista individualista” defende uma eficácia *inter partes*. Quanto ao momento, os efeitos podem ser “diretos”, com o julgador indicando prontamente quais serão os parâmetros para exercício do direito pleiteado, enquanto há defensores de uma abordagem “indireta”, em que é indispensável a comprovação de que o legislativo, mesmo após notificação para a elaboração regulatória, quedou-se inerte (Souza Neto, 2011).

¹⁵ O instituto do *amicus curiae*, cuja fundamentação jusfilosófica pode ser reportada às teorias de Habermas e Häberle, que permite a interlocução da sociedade civil com o poder judiciário: “A legitimidade da decisão dependerá da oferta de argumentos por parte dos que serão atingidos por ela, vivenciando seus efeitos. Isso significa ampliar os direitos que se pretende concretizar naquele processo a partir da argumentação desempenhada por todos os atores envolvidos. Daí a importância e a necessidade do *amicus curiae* como elo da sociedade civil e do Poder Judiciário” (Pereira; Góes, 2019, p. 15). De seu turno, o “o *amicus curiae* comporta diversas apresentações, já que o instituto se aproxima, a despeito de não se confundir, com outras figuras do processo civil, a exemplo do assistente, do perito e do custo legis. Dentre as formas de intervenção que o *amicus curiae* pode assumir, está a audiência pública, que possui vieses instrutórios – em especial quando da manifestação de especialistas – e representativos – pela participação de esferas públicas que não estão expressas no jogo político majoritário” (Pereira; Oliveira; Góes, 2022, p. 15).

¹⁶ O acordo do auditório universal surge como uma resposta ao desafio da aceitabilidade dos argumentos por auditórios particulares. Os argumentos dirigidos ao auditório universal precisam convencer o leitor do seu caráter coercitivo consoante as razões fornecidas, das evidências e de sua validade, independente de outras contingências, o que torna o referido acordo uma questão de direito. O público desse auditório é composto por pessoas dotadas de razão, imparcialidade e boa-fé que são capazes de aceitar, razoavelmente, os argumentos do orador (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2005).

via discursiva com as esferas públicas sendo o norte para a tutela de direitos pela jurisdição – e não as vontades pessoais do julgador.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa em tela teve como objetivo apresentar a teoria de Ricardo Tinoco de Góes quanto à legitimidade da jurisdição a partir do intercâmbio argumentativo entre o poder judiciário e a sociedade civil. O ponto de partida da investigação envolveu a teoria de Jürgen Habermas, que serve de supedâneo para as elocubrações produzidas por Góes, ainda que, posteriormente, o jurista potiguar busque outros referenciais teóricos, com o fito de complementar os dizeres habermasianos.

Inicialmente, foi analisada a teoria de Habermas, que trabalha com o conceito de racionalidade comunicativa, atrelado ao agir comunicativo, o qual envolve o uso da linguagem como médium para formação de consensos e coordenação dos planos de ação dos indivíduos. Por isso o frankfurtiano consigna que a teoria do agir comunicativo é a base da integração social, tendo as relações comunicativas o mundo da vida como plano de fundo. Apesar de servir como um repositório argumentativo, em diversas instâncias o mundo da vida é colonizado pelos sistemas político e econômico, o que mitiga as relações dialógicas e as substituem pelo agir estratégico baseado no poder e no dinheiro.

Como um contraponto Habermas propõe a reconstrução do Estado Democrático de Direito, com a elaboração do direito através de um processo democrático, discursivo e argumentativo que tem o cidadão, enquanto detentor de autonomia política, como um parceiro do Estado. Essa abordagem visa a integração social, enfrentando as tensões entre direitos humanos e soberania e entre as autonomias pública e privada. Dessa maneira, Habermas promove a circulação do poder comunicativo que emana das esferas públicas e sua conversão em poder administrativo do Estado.

Todavia, sua teoria não traz um grande aprofundamento para a questão das decisões judiciais e, resumindo-se, essencialmente, a uma reconstrução da teoria de Ronald Dworkin com suporte em Klaus Günther. Por causa disso, Habermas entende que os discursos de fundamentação, que tratam da validade das normas, são feitos pelo poder legislativo, ao passo que os discursos de aplicação, que versam sobre a norma adequada ao concreto, são feitos pelo poder judiciário.

Habermas não explora a fundo a questão dos casos difíceis – que chama de zonas cinzentas –, nos quais não existe uma norma aplicável para a situação concreta. Identificando essa lacuna, Góes almeja mostrar como os discursos de fundamentação podem ser produzidos pelo poder judiciário, principalmente explorando os requisitos e fundamentos da decisão judicial a partir de uma série de outros teóricos – indo, portanto, para além de Habermas.

Ato contínuo, foi realizada uma análise da fundamentação teórica para além de Habermas, como forma de compreender a proposta teórica elaborada por Góes. De acordo com o jurista potiguar, faz-se necessário recorrer a uma gama de teóricos para complementar a legitimidade da jurisdição no enfrentamento dos casos difíceis, os quais exigem um deslocamento dos discursos de fundamentação do poder legislativo para o poder judiciário. Para tanto, Góes busca aportes em Hans-Georg Gadamer, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Rudolf Wiethölter, Willis Santiago Guerra Filho e Peter Häberle.

O modelo de Góes é bifásico, no sentido de que, por um lado, há uma interpretação com base na historicidade de Gadamer e, de outro, há uma argumentação no sentido de Alexy, porém, procedimentalmente aberta, como orientam Wiethölter e Häberle. Com efeito, o julgador promove a pré-compreensão dos princípios cabíveis e se coloca ao diálogo, chamando a sociedade civil para debater sobre os valores que devem preponderar no caso concreto. Esses valores serão sopesados, a partir da proporcionalidade de Guerra Filho, formulando, assim, a regra de argumentação que será empregada. Após o debate, guiado pelo valor preponderante, o judiciário encontrará o princípio constitucional que será aplicado, nos termos da teoria de Dworkin.

Com supedâneo em todos esses elementos, Góes consegue satisfazer os requisitos para a legitimidade da jurisdição para atuar nos casos difíceis, nos quais existe uma situação de anomia – ou seja, não existe norma aplicável, ou, ainda, a única norma existente é insuficiente para o seu desfecho. Há uma participação ativa da cidadania nos debates que precedem o processo decisório, de tal sorte que não se pode pensar em uma argumentação jurídica que não tenha uma percepção do valor que deve preponderar. Ou seja, o discurso de fundamentação complementar o discurso de aplicação.

Nesses meandros, Góes, rompendo com a ideia de legitimidade pela legalidade formal, apresenta a ideia de legitimidade conteudística, exigindo participação cidadã em sua formação. Esse formato se contrapõe à legitimidade puramente formal do positivismo jurídico por ser construído com base na interação entre o Judiciário e a sociedade civil, por meio do debate público, especialmente em casos difíceis.

Com isso, Góes também rejeita a visão comunitarista da participação cidadã, pois é demasiadamente ideologizada e vinculada aos agentes sistêmicos. A interlocução da sociedade civil, junto ao poder judiciário, deve ocorrer antes da decisão judicial, visando qualificar a prestação jurisdicional ao proteger os direitos fundamentais e os interesses da cidadania ativa, sem cair em paternalismos ou arbitrariedades.

Ainda que tenha Habermas como fundamento, Góes critica a visão do frankfurtiano sobre jurisdição constitucional por considerá-la inadequada ao contexto do Brasil, mormente os instrumentos e técnicas decisórios empregados pela jurisdição constitucional brasileira. Em contraposição, Góes apresenta como sua teoria pode contribuir para incrementar a legitimidade da decisão judicial, não somente no âmbito da jurisdição constitucional, mas também, na jurisdição ordinária.

Para Góes, a interpretação conforme deve ser guiada por princípios constitucionais reconstruídos racionalmente a partir do contexto normativo concreto, e não por escolhas subjetivas. Essa interpretação deve ser fruto do debate entre o judiciário e a esfera pública, respeitando a supremacia da Constituição. Quanto à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e ao controle por omissão, Góes defende que a decisão judicial pode preservar normas inconstitucionais se houver justificativa dialogada com a sociedade civil.

Para as omissões constitucionais parciais, que também podem ser resolvidas por meio do intercâmbio discursivo entre a sociedade civil e a jurisdição, é possível deliberar sobre a constitucionalidade da lei insuficiente. Já para as omissões inconstitucionais absolutas, Góes sustenta que o Judiciário pode suprir, provisoriamente, a lacuna normativa, criando uma regra jurídica válida até que o Legislativo se manifeste, levando em conta a legitimidade conteudística.

Na jurisdição ordinária, a proposta de Góes pode contribuir de sobremaneira para casos que envolvem interesses difusos e direitos coletivos, que nascem das novas dinâmicas sociais. Para assegurar a proteção jurídica dessa categoria de direitos, a interlocução entre o poder judiciário e o espaço público contribui para identificar o valor e o significado dos interesses metaindividuais.

Quanto à fundamentação das decisões judiciais, Góes entende que ela deve refletir um compromisso com os valores democráticos, incluindo as contribuições discursivas de todos os participantes do processo deliberativo. Será a fundamentação da decisão judicial que dará amparo à legitimidade conteudística e permitirá ao poder judiciário convencer a sociedade civil da decisão proferida.

A intenção de Góes é abrir uma frente de luta contra o positivismo, que, apesar do seu apelo pela legalidade estrita e absoluta, concede ao julgador o poder de decidir discricionariamente os casos difíceis – ou lacunas –, limitado, única e exclusivamente, pela sua autoridade. Com isso, Góes se insurge contra o legalismo dedutivista e contra o decisionismo judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

- ALEX, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4 ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 318-319.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 461-463.
- GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013.
- GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**, v. 3, n. 1, p. 36-54, 1995.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales em el Estado prestacional**. Tradução de Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra, 2019.
- HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Tradução de Emílio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soerthe. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rúlion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020.
- HABERMAS, Jürgen. **Legitimation crisis**. Tradução de Thomas McCarthy. Cambridge: Polity, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Tradução de Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Uma nova mudança estrutural da esfera pública e a política deliberativa**. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP, 2023.

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

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

MÜLLER-DOOHM, Stefan. **Habermas**: a biography. Cambridge: Polity, 2016. n.p.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; GÓES, Ricardo Tinoco de. A interpretação jurídica procedimental de Jürgen Habermas e as influências de Ronald Dworkin e Klaus Günther. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 17, n. 3, p. 1-23, 2023.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; GÓES, Ricardo Tinoco de. A intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro: aspectos filosóficos, históricos e processuais. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 13, n. 1, p. 1-17, 2019.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; OLIVEIRA, Lívio Alves Araújo de; GÓES, Ricardo Tinoco de. A manifestação das esferas públicas como direito fundamental de *status activus processualis* através das audiências públicas. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 16, n. 2, p. 1-17, 2022.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RICOEUR, Paul. **O justo**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Volume I.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões**: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SPECTER, Matthew G. **Habermas**: an intellectual biography. Cambridge: Cambridge University, 2011.

WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. In: TEUBNER, Gunther (Org.). **Dilemmas of law in the Welfare State**. Berlin: De Gruyter, 1986. p. 501-510.

Artigo recebido em: 16/5/2025.

Aprovado em: 16/7/2025.