Dierle Nunes
Natanael Lud Santos e Silva
Flávio Quinaud Pedron

DESCONFIANDO DA IMPARCIALIDADE DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Vieses cognitivos, Ruído e debiasing na tomada de decisão

4ª edição
2ª tiragem

Livro com fomento da Fundação VALLE FERREIRA

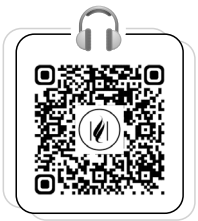
Fundação Professor
VALLE FERREIRA
Faculdade de Direito -
UFMG

2027

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 9

UMA OUTRA HIPÓTESE DE *DEBIASING* ATRAVÉS DA TEORIA HERMENÊUTICA DE RONALD DWORKIN: A TESE DA INTEGRIDADE DO DIREITO E A BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA NO PROCESSO DECISÓRIO JUDICIAL



PODCAST EXCLUSIVO:
produzido por IA

O estudo dos vieses cognitivos até aqui empreendido demonstrou que muitas das decisões proferidas pelos magistrados se encontra maculada por deturpações que eles próprios desconhecem. No entanto, há uma última faceta que merece ser sondada no que tange aos comportamentos deliberados (decisionistas) e sua conexão com a tomada de decisão. Situação que parte da suposta crença que "o decidir" seja uma mera questão de escolha e, nesse aspecto, o pensamento Dworkiniano pode nos auxiliar.

O pensamento do norte-americano,[1] que é, reconhecidamente, um dos mais importantes e mais lidos autores contemporâneos nos campos do conhecimento jurídico, político e filosófico. Sua produção é abundante, consistindo em diversos livros, artigos, ensaios, palestras, orientações etc.

1. Para mais detalhes ver: PEDRON, Flávio. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. **Revista CEJ**, v. 13, n. 47, out.-dez. 2009. Disponível em: Acesso em: 05 jan. 2015; SANTOS PÉREZ, Maria Lourdes. Una filosofia para erizos: una aproximación al pensamento de Ronald Dworkin. **Doxa** – Cuadernos de Filosofia del Derecho, n. 26, 2003. p.5-93; GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. [Teoria e Filosofia do Direito].

Seu traço fundamental é a defesa da virtude da **integridade** (um ideal para nortear as práticas jurídico-políticas de uma sociedade, preocupada com o compromisso em dar às práticas do Legislativo e do Judiciário a melhor orientação e leitura possíveis).[2] Também se tornou conhecido pelas duras críticas às tradições do Positivismo Jurídico[3] e do Realismo Jurídico, bem como por desenvolver uma teoria acerca dos princípios jurídicos, entendidos como espécies de normas jurídicas.

Dworkin obteve atenção da comunidade jurídica, inicialmente, quando publicou na década de 1960 os primeiros textos atacando o Positivismo Jurídico, principalmente a leitura levada a cabo pelo inglês H.L.A. Hart.[4] A **tese central defendida por Dworkin**, nesse ponto, é que o Positivismo Jurídico representa uma leitura do Direito incompatível com os pressupostos e anseios de uma sociedade que se quer democrática. Isso se deve, principalmente, pelo fato de se basear em uma defesa radical da separação entre Direito e Moral, que faz com que o Direito seja reduzido apenas a um conjunto de regras criadas por uma comunidade jurídica em um determinado momento da História. Assim, todo o problema de interpretação se limita a uma questão fático-histórica: saber o que tal comunidade pretendia no momento de definição da regra positivada.[5] Por consequência, um juiz positivista tem seu trabalho limitado a identificar, nos casos a ele submetidos para julgamento, a partir de um raciocínio silogístico, quais as regras se amoldam aos fatos do litígio e aplicar, tomando o sentido estabelecido no passado, tais regras.[6]

---

2. "Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido" (DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça], p. 213).
3. STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. Revista Brasileira de Direito Imed, v. 14, p. 54-87, 2018.
4. H.L.A. Hart é autor da obra O Conceito de Direito (Tradução de A. Ribeiro Mandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994) na qual expõe uma das mais bem estruturadas e sofisticadas versões dessa tradição.
5. A definição de como tais regras são criadas não se prende exclusivamente ao modelo de uma atividade legislativa, reconhecendo Hart que o judiciário (principalmente quando define um precedente) também tem um papel político como órgão criador (ou descobridor) de regras jurídicas, sendo igualmente responsável por tal positivação.
6. STRECK, Lenio. A hermenêutica filosófica e os positivismos jurídicos: a aplicação da lei como 'outra legalidade'. Crítica do Direito, v. 67, p. 109-124, 2015.

As falhas nessa teoria começam a aparecer quando esse mesmo juiz não é capaz de encontrar regras previamente elaboradas para aplicação e, com isso, solução dos casos sub judice. Temos aqui a distinção de Hart entre casos fáceis e casos difíceis. No último caso, temos a presença de uma lacuna (ou anomia) no Ordenamento Jurídico. Em tal cenário, a solução encontrada pelo Positivismo Jurídico é uma só: autorizar ao mesmo magistrado que promova um julgamento discricionário; ou seja, ele estará agora autorizado a utilizar sua consciência e seu senso de justiça para decidir de modo unilateral o caso concreto. Com isso, estar-se-á admitindo ao magistrado criar direito novo e aplicá-lo retroativamente ao caso concreto, surpreendendo as partes do processo. Perceba-se que o quadro se agrava quando se percebe que o positivismo se embasa numa suposta racionalidade decisória, que ao longo de todo texto demonstrou-se ser profundamente limitada.

Dworkin entende que tal quadro, pintado pela teoria positivista, é pobre e não reflete as cores do que uma sociedade democrática chama de Direito. Ou seja, que é possível pensar uma outra teoria jurídica mais atraente para os ideais de democracia da sociedade.[7] Imagina, então, que a noção que parece tão clara aos positivistas de que o magistrado tem discricionariedade para decidir os casos difíceis é uma incoerência, quando contraposta ao ideal democrático.

Para combater o quadro positivista, Dworkin parte de dois raciocínios paralelos (mas que se complementam ao final):

> (1) de que não pode existir tal discricionariedade, e para fazer tal afirmação, ele necessariamente deverá afirmar que todo aquele responsável por uma decisão jurídica (seja o legislador, seja o magistrado, seja um administrador público) deve se comprometer moralmente para com a sociedade em não poupar esforços para buscar a melhor decisão para aquela situação (isso significa afirmar que ao invés de haver múltiplas possibilidade de decisão, ainda que entre elas haja potencial racionalidade, há apenas "uma única decisão correta" para aquele caso em especial, devidamente compreendida a expressão para além de sua interpretação rasa); e
>
> (2) de que além das regras jurídicas, o Ordenamento Jurídico deve apresentar outras espécies de normas, capazes de impedir por completo a existência de uma lacuna e, assim, conseguir definir naquele caso sub judice a existência de um direito para alguma das partes envolvidas.

7. Percebam a ênfase que Dworkin está dando para a ideia de que nossa sociedade é democrática (ou quer ser assim chamada) e está disposta a assumir tal virtude de braços abertos. Essa conclusão é importante: aquele que levanta objeções à proposta elaborada por Dworkin corre sério risco de assumir-se ou como um positivista jurídico, ou, pior, como um jurista não comprometido com a busca pela construção de uma sociedade democrática (o que está no próprio texto e na base ideológica da Constituição de 1988, art. 1º, *caput*).

Vamos primeiro em (1). Para qualquer um de nós, pode parecer absurdo (novamente: sob o pano de fundo democrático) a ideia de que um magistrado tem total liberdade para decidir um caso, especialmente quando se verifica que pela via de comportamentos decisórios deliberados ou, com destaque, **enviesados**, tal liberdade pode reduzir qualquer alcance de um pronunciamento correto e legítimo, permitindo um salvo conduto para decisões subjetivas (ou efetivamente decisionistas) de variado conteúdo.

Dois argumentos são levantados pelo autor para negar a possibilidade de discricionariedade de decisões judiciais: (a) o governo é limitado pela responsabilidade de seus ocupantes, que são eleitos pela maioria; e (b) criando um direito novo, o juiz pune injustamente a parte sucumbente, uma vez que o aplica de forma retroativa.

Afirmar e defender a discricionariedade equivaleria, então, a concordar com a frase dos Realistas Jurídicos de que os juízes decidem baseados em escolhas.[8] Mas contra ela, diversas versões do Positivismo Jurídico desenvolveram a tese de que, sendo o direito produto de homens (e não uma ciência exata), não seria possível afirmar a existência de uma única resposta correta, mas antes um universo de possíveis decisões (racionais).

O raciocínio e a argumentação jurídicos apenas serviriam para filtrar as aberrações, elaborando uma moldura de decisões jurídicas racionais (portanto, para eles legítimas). E qualquer coisa que estivesse dentro de tal moldura seria legítima ainda que não representasse o melhor esforço para solucionar normativamente o caso.

Aqui, pontue-se, para além de Dworkin, que o pressuposto da racionalidade dos positivistas torna-se cada vez mais frágil em face das constatações empíricas da psicologia comportamental e do estudo dos vieses aqui promovida, eis que se percebe que o positivismo acaba por chancelar várias irracionalidades trazidas pelos enviesamento do pensar humano.

Tal raciocínio positivista legitimaria o quadro atual de julgamento pelos Tribunais brasileiros que cria uma pluralidade de entendimentos sob situações absolutamente idênticas pela análise parcial de argumentos (sem se respeitar o dever de consideração) ou mesmo pela escolha aleatória do entendimento que confirma a pré-compreensão do decisor (*confirmation bias*) sem se levar a sério o debate processual.

8. Endossam essa leitura: HOLMES Oliver Wendell. The Common Law. Boston: Little & Brown, 1881; FRANK, Jerome. Law and the Modern Mind. New York: Brentano's, 1930.

Dworkin entende como simplesmente *pobre* esse raciocínio. Em oposição, advoga a ideia de que ninguém – pondo-se na condição de destinatário da decisão – aceitaria como razoável a afirmação de que seu caso foi tratado pelo Judiciário como apenas mais um e que mesmo aquela não sendo uma decisão fruto do raciocínio mais elaborado e comprometido do magistrado se trataria de uma decisão possível.[9] Ou que o resultado do processo é fruto de uma loteria aleatória, de modo que o caso poderia receber uma decisão completamente diferente se tivesse sido julgado por outro magistrado.[10]

Toda sua teoria da integridade tentará enfrentar esses desafios: como uma decisão pode ser correta ao não tratar um caso como "mais um de uma série", ao mesmo tempo em que a decisão possa se justificar, interna e externamente ao processo como a única correta para resolver aquele caso, sendo também conforme o edifício jurídico.

Mesmo sem se preocupar com o fenômeno dos vieses, Dworkin clama pelo emprego de raciocínios mais comprometidos (típicos do S2) na tomada das decisões e que se encaixam com a preocupação aqui expendida com o desenviesamento e persecução de uma racionalidade e efetiva responsabilidade institucional.

A virtude da integridade afirma que todos nós temos um direito (que apresenta uma das subdivisões daquilo que o jurista norte-americano designa

9. Dworkin tem por hábito imaginar que decisões judiciais pressupõem um comprometimento moral de todos os envolvidos no processo de decisão e que, por isso, há um esforço normativo, implícito para que não seja apenas uma decisão, mas a melhor decisão possível. O processo de elaboração de uma sentença não pode ser comparado com o ato de escolher que cacho de bananas alguém levará para casa depois da feira; até porque ninguém escolhe qualquer cacho para comprar! Buscamos sempre o melhor em tudo o que fazemos e mostra-se incoerente esperar do Judiciário uma postura diferente.

10. "Estamos longe de termos dados e mesmo a percepção por nossos tribunais, ministros e desembargadores da importância de mantença de uma estabilidade virtuosa, pois parece haver um fomento do desrespeito da opinião de uma corte, mesmo após a prolação de uma decisão pelo pleno ou corte especial, em prol de um juízo personalista que despreza o passado institucional (integridade) e que acaba alimentando a litigiosidade pela evidente possibilidade de êxito embasada em julgado extraído de nossa jurisprudência lotérica" VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**.** Cit. Cf. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. "Jurisprudência Instável" e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). Direito Jurisprudencial. v. II. São Paulo: RT, 2014, p. 433-471.

por dignidade humana[11]) de sermos tratados com igual respeito e consideração. Desse modo, repercutiria um dever de o Judiciário levar o caso à sério e tratá-lo com cuidado, ou seja, com comprometimento e análise que ultrapassem meros automatismos mentais.

Para se fazer mais claro, Dworkin usa uma figura de linguagem, um "juiz imaginário" (e não um método de decisão) para exemplificar a postura que uma sociedade democrática espera dos magistrados.[12]

Ele batiza essa metáfora de **juiz Hércules**, de modo que ele é capaz de usar sua sabedoria e paciência para **ponderar**[13] na busca da resposta correta para suas decisões. Seu magistrado, então, terá que ao decidir levar em conta *todos* os argumentos trazidos pelas partes no processo (dever de consideração – arts. 10 e 489, § 1º, IV, CPC), bem como tudo aquilo que foi construído do ponto de vista probatório-fático. Ora, desse modo, Dworkin acena para

11. DWORKIN, Ronald. Justice for Hedgehogs. Harvard: Harvard University, 2011. A cláusula da *equal protection under the law* – advinda da 14a Emenda à Constituição dos EUA: "(...) *No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws (...)*" e usada em casos tão importantes como "Brown vs. Board of Education" (1954) ou "Roe vs. Wade" (1973) – é fundamental na teoria de Dworkin não apenas para a construção da ideia de integridade, mas também para compreender todo o Direito e particularmente o constitucionalismo. É a partir dela, por exemplo, que ele irá sustentar o direito do cidadão, membro de uma minoria oprimido pela maioria, se opor àquela (DWORKIN, Ronald. Sovereign Virtue – the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 453-454).
12. É comum a interpretação **equivocada** de o juiz Hércules é impossível de ser imitado. Dworkin como um hermeneuta e filiado ao pensamento de Gadamer (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005) não acredita na intuição positivista (científica) de que a verdade somente pode ser descoberta (ou desvelada) a partir de uma perspectiva controlada por uma experiência científica garantida por um método. A pretensão em afirmar com Gadamer que a verdade não é uma construção universal (única e imutável) parece ser desconhecida pelos críticos de Dworkin, principalmente no Brasil. **Hércules é, então, apenas um exercício didático do que significa uma postura esperada pela sociedade dos seus juízes.**
13. Como lembra Aleinikoff (Constitutional law in the age of balancing. **Yale Law Journal**. v. 96, n. 5, abr., 1987), Dworkin emprega diversas vezes a expressão "ponderar" ao se referir ao trabalho intelectual a ser desempenhado pelo juiz Hércules. Contudo, em momento algum ele o faz no mesmo sentido que o assumido, e já aqui explicado, por Alexy. "Ponderar" no sentido da tradição norte-americana, e aqui se insere Dworkin, somente pode ser compreendido como a assunção de uma postura reflexiva, no qual aquele que o faz, analisa atentamente uma constelação de variáveis na busca pela melhor solução. Logo, em momento algum pode-se afirmar que há uma linha de convergência entre as propostas de Dworkin e Alexy. **Ver ainda:** STRECK, Lenio. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! *Consultor Jurídico*. 08.01.2015. Disponível em: <http://migre.me/oVJg3>.

uma interessante tomada de postura que deve ser assumida pelo magistrado no curso da construção de sua decisão. Perceber os automatismos mentais e abrir-se para com o diálogo junto às partes, pode ser, como hipótese a ser sondada empiricamente, um importante mecanismo para tomada de consciência dos preconceitos e enviesamentos que o magistrado possa apresentar, forçando-o a sair da posição de conforto cognitivo.

Mas isso não basta, Hércules irá também procurar reconstruir a história institucional para verificar como os outros juízes decidiram no passado casos semelhantes, ampliando o diálogo processual para justificar em sua decisão essa história.

Perceba-se que num sistema jurídico, como o brasileiro, no qual as sentenças em primeiro grau e os julgados (e precedentes) dos tribunais, apesar de serem proferidos dentro de um marco de racionalidade (positivista), possuem não de modo incomum diversidades de entendimento brutal, quase uma anarquia de seu teor, de modo que persecução pela história institucional se agrava.

No entanto, o fortalecimento do uso de ferramentas informáticas, como os de estruturação de dados mediante *edescovery*,[14] típicos do emprego de inteligências artificiais, pode auxiliar bastante.

Algumas utilizações de computação cognitiva (como o Watson da IBM) mediante um trabalho bem feito (com transparência algorítmica) de *machine learning* (aprendizagem de máquinas) viabilizam parametrizar uma infinidade de decisões, através de análises narrativas, que permitirão em breve espaço de tempo conhecer o teor e toda a linha de julgados (especialmente em seus fundamentos) de cada temática proferida por cada um dos decisores e órgãos julgadores. Serão gerados dados jurimétricos que permitirão, de um lado, conhecer a história institucional decisória com rapidez inclusive sob bases estatísticas (qual número de decisores percentualmente decide de cada modo, inclusive, mediante predição, induzindo condutas mais assertivas na busca de acordos) e, de outro lado, colocar essas linhas de entendimento sob crítica por uma advocacia mais profissionalizada que buscará superar esses entendimentos sob pesado **ônus argumentativo** ao demonstrar suas inconsistências.

14. Análise de enorme quantidade de dados ou decisões com extração narrativa de seu conteúdo mediante parametrização de seu conteúdo. Decoding Artificial Intelligence: What Does It Really Mean For Lawyers?

Disponível: https://abovethelaw.com/2018/01/decoding-artificial-intelligence-what-does-it-really-mean-for-lawyers/.

Perceba-se que tal fenômeno pode gerar uma melhoria qualitativa das decisões e um aumento da racionalidade, perseguida até hoje sob o pressuposto equivocado de que os humanos tomam em regra decisões racionais (pelo desconhecimento no direito dos vieses), e induzirá idêntico aprimoramento técnico dos advogados, eis que, caso contrário, terão ciência prévia da perda de um direito pela tendência de inércia quanto à modificação de entendimentos.

Voltando a Dworkin, Hércules institucionaliza um pressuposto interpretativo contrafático, que pode ser evidenciado mediante a necessidade de um processo democrático e comparticipativo de formação decisória, amplamente embasado pelo contraditório e fundamentação dinâmicos, contrariamente a um suposto de isolamento decisório e diretamente ligado ao que o Novo CPC estabelece nos arts. 7º a 10 e 489 (inclusive o seu §2º, já que a expressão "**ponderar**" não precisa ser tomada como sinônimo do método alexiano,[15] muito bem podendo representar uma perspectiva mais atrativa a partir do referencial hermenêutico traçado por Dworkin- hipótese a ser tematizada em face do potencial enviesamento dos autores).

Mas diferente dos juízes positivistas, Hércules **não está preso no passado** e não é obrigado a seguir as decisões se verificar que há *erros* em algumas delas devendo se afastar dos automatismos mentais mediante adequado ônus argumentativo;[16] contudo, ele se sente obrigado *moralmente* quando ciente de sua responsabilidade institucional a seguir os precedentes e julgados que se mostrarem coerentes – de forma que, mesmo havendo precedentes, isso não torna o juiz um mero replicador dos mesmos, como se ao tratarmos de precedentes estivéssemos sob uma nova "Escola da Exegese".[17] Esses precedentes sinalizam a existência de uma história em movimento, uma história do próprio direito que se está sendo discutido no caso que Hércules deve decidir.

Essa obrigação hermenêutica faz com que o magistrado de Dworkin se coloque como um membro de um empreendimento coletivo, uma história (a história daquele direito em especial) que está sendo contada e construída a várias mãos – por isso o uso de outra metáfora: a do "**romance em cadeia**".[18] A responsabilidade de

15. STRECK, Lenio. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! *Consultor Jurídico*. 08.01.2015. Disponível em: <http://migre.me/oVJg3>.

16. VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**.** Cit.

17. BAHIA, Alexandre. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. **Revista de Processo**, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012.

18. Dworkin (**Uma Questão de Princípio**. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. [Direito e Justiça].) compara essa tarefa a uma brincadeira infantil na qual cada participante é responsável por contar uma única história. Na brincadeira, todos os participantes

Hércules, portanto, o leva a ler e a considerar tudo aquilo que foi escrito e decidido acerca do direito envolvido. E mais uma vez, Hércules tem o fardo de argumentativamente **sair de uma posição de conforto e de automatismos mentais em perspectiva contraintuitiva** para explicitar todos os pressupostos de seu raciocínio. Ao fazer isso, retira-se do pano de fundo de silêncio que nos cerca todas as questões relevantes que compõe o processo hermenêutico decisório.

Seguindo os passos de uma teoria hermenêutica gadameriana,[19] Dworkin defenderá que ao ser forçado a argumentar com as partes, com a história institucional que virtualmente representa toda uma comunidade de princípios do qual o juiz faz parte, a decisão judicial é construída a partir de várias cabeças – ou se preferirmos – várias mãos. Tal postura levada a sério induz o rompimento com as tendências em se limitar ao sistema cognitivo 1 e se comprometer com o rompimento com as heurísticas, pois com Gadamer precisamos "pertencer-se uns aos outros [ou] poder-ouvir-se-uns-aos-outros".[20]

A partir disso, o decisor fará sua parte – ou seja, ele será responsável por adicionar um **novo capítulo** desenvolvendo a discussão, sem ignorá-la ou sem reinventá-la. Para tanto, deve se basear na ideia de que sua decisão (jurídica e moralmente) deve considerar que todas as pessoas da sociedade têm os mesmos direitos e liberdades, sem privilégios e, principalmente, sem discriminações baseadas em preconceito de qualquer espécie (religiosos, filosóficos, econômicos, políticos etc.). Essa última exigência, faz com que a virtude da integridade seja vista de modo diferente da mera coerência (mera repetição do passado).

O desafio posto para Hércules (e para o processo decisório permeado por todos os sujeitos processuais) é reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio Judiciário tomou no passado. Isso o levará a construir um sistema baseado em princípios jurídicos

---

têm o mesmo tempo para participar e devem ouvir atentamente os antecessores para que uma linha coerência entre a história contada seja preservada. Não se trata de um "telefone sem fio", pois o objetivo da brincadeira não é repetir o que foi transmitido, mas desenvolvê-lo (evoluí-lo) da melhor forma, preservando os elementos essenciais do que inicialmente foi definido. Ou seja, se o primeiro a conta a história teve o objetivo de narrar um suspense, o participante da sequência deve ter a capacidade hermenêutica de perceber que ele não poderá transformar agora aquilo em uma comédia. Ver também: PEDRON, Flávio. Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 15-139, 1.° sem. 2005.

19. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

20. GADAMER, Hans-Georg. ***Verdade e método***. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1. p. 532. Ver: STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Editora Casa do Direito, 2017.

capazes de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a Constituição.

Através de sua teoria dos princípios, Dworkin nos fornece também as bases para pensar uma **teoria dos precedentes** ancorada em bases verdadeiramente democráticas.[21]

Por isso mesmo, a decisão que ao final Hércules chegará ***não é dele exclusivamente.*** A abertura hermenêutica exigiu um diálogo entre todos os participantes do processo e com a História daquela sociedade, além de preservar condições para que os próximos decisores, nos casos seguintes, continuem o empenho de *melhorar* a decisão – e, dessa forma, ao se colocar perante o auditório dos que tomarão aquilo que foi decidido no passado, sua sentença também é uma abertura para o futuro, um capítulo a mais na construção do Direito, e, por isso, sua correção será objeto de análise para confirmação ou refutação em novos casos no futuro.

É isso que Dworkin quer dizer quando fala em única resposta correta – ou na melhor decisão judicial. Percebe-se aqui que o espaço de discricionariedade é *eliminado* para dar lugar a um espaço hermenêutico e argumentativo. Hércules deve tentar *convencer* a sociedade que confiou aquele caso ao seu julgamento que fez o melhor que podia – sua decisão tem a pretensão contrafática de ser a única resposta adequada ao caso não apenas pelo esforço hermenêutico mencionado, mas também porque o juiz deverá tomar o caso dentro das particularidades do mesmo e não como um "standard", um tema. Persegue-se, com o engajamento responsável de todos os sujeitos, o **combate processual** com um ambiente democrático de potencial *debiasing*.

Isso não tem como ser feito sem que estejamos dispostos a fundamentar adequadamente a decisão com efetiva percepção dos riscos de se encontrar enviesado.[22] E pondere-se, para que se deixe claro não serem os argumentos

21. Como já demonstrado em: VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**.** Cit.

22. Por isso mesmo, causa muito espanto juristas brasileiros criticarem o art. 489 do novo CPC, principalmente seu § 1º. Ora, se não formos capazes de perceber que o exercício do princípio do contraditório e do princípio democrático somente se comprovam respeitados efetivamente no ato decisório, não seremos bem sucedidos no que concerne a separação satisfatória entre motivação (exercício solipsista da razão, ainda que com razões subjetivas) e fundamentação (pretensão normativa de construção de uma decisão em critérios socialmente validados e reconhecidos, portanto, em razões intersubjetivas). Desde muito o direito estrangeiro já compreendeu que a decisão judicial não pode ser fruto do ato de pensar solitário do magistrado. Mas somente comprova-se a coletivização da decisão de pudermos perceber nela a existência de uma pluralidade de vozes – as vozes da sociedade e as dos demais sujeitos do processo. Negar o art.

aqui apresentados uma crítica aos decisores, que tal fenômeno (enviesamento) acomete com igual grau os advogados ao escolher uma linha defesa. Nosso maior foco no magistrado é decorrência do fenômeno da judicialização e do aumento da ressonância das decisões judiciais no contexto jurídico atual.

Ao se adotar as premissas dworkinianas, amplia-se a possibilidade de afastamento da ideia de discricionariedade. O juiz não está autorizado a julgar livremente, seja em casos "fáceis" ou "difíceis" – se é que há casos fáceis, uma vez que apenas porque há uma previsão legal, sumular ou de precedente, levantada e discutida no processo, esta deverá ser tomada apenas como premissa "prima facie" aplicável ao caso, pois que apenas o debate em contraditório efetivo no processo poderá mostrar, entre as várias pretensões em tese aplicáveis qual aquela que será a adequada ao caso.[23]

Não há espaço para discricionariedade quando o magistrado "leva a sério" o compromisso com o direito e com o caso, em um e em outro caso, reconstruídos e discutidos pelas partes. O Direito, sejam regras, princípios, súmulas, julgados ou precedentes, não é tomado como um dado, mas como um ponto de partida sobre o qual o magistrado não pode "fugir" mas que, ao mesmo, tempo, tem claro que não há sentidos dados previamente e sim que o sentido é (re)construído quando da aplicação daqueles ao caso.[24]

A interpretação do Direito não se dá como um caso isolado, mas como uma construção que vem antes daquele caso e que continuará após o mesmo. Por isso que as particularidades do caso devem guiar a (re)tomada do Direito, ao mesmo tempo em que este, ao ser solucionado, servirá de norte para outros que virão.

---

489 do NCPC é, lamentavelmente, comprometer-se novamente com a tradição do positivismo jurídico e deixar o ideal democrático escoar pelo ralo!

23. Nesse sentido se compor as ideias de Dworkin com outro autor central para compreendermos tal ponto: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. Ver também: PEDRON, Flávio Quinaud. A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther. **Revista da CEJ**, ano XII, n. 41, abr.-jun. 2008.

24. Gadamer entende que uma norma só fará sentido frente ao caso em que ela será aplicada (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. cit., p. 485 et seq.), uma vez que, segundo o mesmo autor, "[c]ompreender um texto significa sempre aplicá-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente" (idem., p. 579).

Em relação ao passado, caso haja interesse dos Tribunais, em breve teremos como parametrizar seu banco de dados de decisão através de computadores cognitivos que estruturarão seu conjunto de decisões.

Agora podemos avançar para (2). Para contrapor a tese da redução do direito a um sistema de regras, bem como a afirmação de que existem lacunas do sistema jurídico, Dworkin[25] afirmará que, para além das regras, dois outros padrões de normas existem (os princípios e as diretrizes políticas). Como já aclarado, essa separação em três espécies de normas não se apoia em uma distinção estrutural ou morfológica, ou seja, é uma questão lógico-argumentativa, pois no debate é que podemos entender se o que se está sendo invocado representa uma regra, um princípio ou uma diretriz política. Logo, não é possível, "a priori", fazer-se uma tabela com o conjunto de normas, para se dizer o que é uma ou outra coisa.

Essa atividade jurisdicional, então, tem que abraçar a afirmação de que é possível uma resposta correta para o julgamento de um dado caso particular, o que significa aplicar o princípio adequado ao caso concreto – assim conectamos (1) com (2) em nosso raciocínio.

Ora, uma vez que Dworkin reconhece a existência de princípios que podem prover soluções para os litígios, ele nega uma das teses básicas do positivismo jurídico que é, como dissemos, a existência de lacunas normativas que autorizam o magistrado a agir discricionariamente ao criar uma norma, e aplicá-la retroativamente.

Logo, a "função criativa" do judiciário para os casos difíceis, defendida por Hart é rechaçada por Dworkin, que compreende que **apenas o legislador é autorizado a criar direito.**

O debate sobre a fixação de uma diretriz política tem que ser exercido de forma mais abrangente para incluir um número maior de participantes, levando em conta os diferentes interesses antagônicos e, por isso, somente pode ser tomada no interior de um processo legislativo.

Já a decisão baseada por princípios, faz uso da história institucional daquela comunidade e coloca, ao mesmo tempo, limite e condição de possibilidade de construção de uma decisão democrática.[26]

---

25. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. [Direito e Justiça].

26. "Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição

A postura proposta normativamente por Dworkin tem importante papel para controle dos vieses no processo de elaboração da decisão judicial. Isso porque a moralidade que se espera do juiz – mas igualmente de todos os demais participantes da dinâmica processual – é o mesmo respeito as normas e comprometimentos estabelecidos pelo jogo de linguagem em Brandom.

Ora, sendo o direito, em si mesmo, uma prática interpretativa, esse modelo interpretativo não pode ser assumido unilateralmente. Dworkin criticará teorias hermenêutica instrumentalizantes, como as de Schleiermacher e de Dilthey, na qual o intérprete pode assumir o controle da interpretação a partir do respeito de regras técnicas específicas (método entendido como mero passo a passo neutro), de modo que a segurança do produto interpretativo fosse garantida por uma metodologia controlada. Ao invés disso, equipara a interpretação jurídica à interpretação artística, como Gadamer.

Na interpretação artística, tem-se a figura de críticos que interpretam obras de arte para, com isso, procurar justificar um determinado ponto de vista sobre o sentido, tema ou propósito dessa certa obra de arte. Trata-se, aqui, de uma interpretação *construtiva*, já que se liga mais a uma preocupação com o propósito do que com a causa de algo, demandando uma interação entre esse propósito e o objeto.[27] A coerência narrativa, em um caso, ou normativa, em outro, marca a existência de parâmetros mínimos no processo interpretativo.[28]

Lages detalha melhor o modo como a interpretação construtiva[29] desenvolve-se:

> Dworkin estabelece três etapas de interpretação, com a finalidade de tornar a interpretação construtiva instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática

está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas" (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. [Direito e Justiça], p.138).

27. LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em "O Império do Direito". **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas. v. 4. n. 7 e 8, jan./jun. 2001. p.36-49.

28. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça]. p. 75.

29. Souza Cruz esclarece que, através da interpretação construtiva, Dworkin supera o aguilhão semântico inerente ao positivismo: "uma vez que percebe haver elemento de mutação temporal no conceito interpretativo do Direito, próprio do ciclo paradigmático. Em outras palavras, a comunidade jurídica não possui um conjunto uniforme de compreensões sobre as proposições jurídicas, mas, ao contrário, tais compreensões se modificam à medida que a sociedade se modifica também" (SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Privilégio de foro e improbidade administrativa. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (Coord.). **O Supremo Tribunal Federal Revisitado**: o ano judiciário de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p.30-31).

> social. Observe-se apenas que a perspectiva aqui é analítica, não havendo diferenciação em graus. Primeiro, de acordo com Dworkin, deve haver uma etapa pré-interpretativa, na qual são identificados as regras e os padrões que se considerem fornecer o conteúdo experimental da prática. Mesmo na etapa pré-interpretativa é necessário algum tipo de interpretação. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral, raciocinar no sentido de buscar formar um pensamento sistemático sobre determinada matéria. A etapa pós-interpretativa ou reformuladora, a terceira e última etapa, consiste na etapa na qual o intérprete ajusta sua ideia daquilo que a prática "realmente" requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa.[30]

Para melhor ilustrar essa dinâmica, Guest utiliza o exemplo – que guarda semelhança com outro apresentado por Dworkin – de uma regra de cortesia.[31] Ele partirá de uma sociedade fictícia que tem como prática social a exigência de que os homens se curvem diante das mulheres.

Aqui, não se apresenta qualquer valor ou mesmo sentido a tal prática, de modo que os seus membros a aceitam sem questionar. Mas isso não significa que essa prática seja um hábito, existindo, sim, uma regra de convivência.

A etapa pré-interpretativa permite identificar a existência da regra apenas, sem tecer qualquer consideração acerca do seu sentido (automatismo mental). A etapa interpretativa acontece quando, após algum tempo, as pessoas se questionam sobre essa prática e porque procedem daquela maneira (percepção de que possa tão somente estar reproduzindo uma decisão automática). É de se imaginar, portanto, que, a partir disso, muitos irão divergir quanto ao entendimento dessa prática, e poderão começar a discutir se devem ou não respeitá-la.[32]

Logo, na etapa interpretativa, busca-se, primeiro, o sentido da prática e, em um momento posterior, as situações de aplicação da regra a situações particulares.[33] Nota-se que o intérprete considerará a prática e não inventará uma nova.

---

30. LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em "O Império do Direito". **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas. v. 4. n. 7 e 8, jan./jun. 2001. p. 40.
31. GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. [Teoria e Filosofia do Direito]. p. 34.
32. No campo do direito, Guest (**Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. [Teoria e Filosofia do Direito]., p.34) lembra que a passagem da fase pré-interpretativa para a interpretativa marca a preocupação da comunidade com a busca do sentido das suas normas, não mais tomando-as como um dado pronto, ou mesmo um tabu.
33. "O segundo estágio interpretativo ocorre quando pessoas estendem suas compreensões do significado da regra a casos não evidentes. Aqueles que acham que a regra incorpora respeito

Finalmente, passa-se a uma fase pós-interpretativa, na qual o intérprete pode reformular a prática social a partir da ideia daquilo que tal prática realmente exige das pessoas num plano reflexivo e contraintuitivo.

Com isso, Dworkin destaca que, cada etapa da prática social interpretada, acaba por revelar uma *concepção* distinta da própria prática que representa o *conceito*.

A partir desse movimento da dinâmica interpretativa dentro destas três etapas, Dworkin busca explicitar melhor aquilo que Gadamer já sinalizava sobre o título de suspensão dos pré-conceitos.

Desse modo, engajando-se em uma prática interpretativa, o intérprete se vê obrigado a argumentar com o uso de *razões*, para lembrar Brandom, em cada uma dessas etapas. E tais razões são avaliadas pelos demais participantes dessa prática linguística. Como anteriormente explicado, se houver insuficiência de pontos dentro da coerência interpretativa – ou como quer Brandom, dentro da contabilidade deôntica – os demais partícipes podem exigir novas razões do interlocutor, inclusive apontando para ele situações em que enviesamentos podem ser relevados.

Ao se ver confrontado por tais reivindicações de déficits em sua malha argumentativa, o partícipe se vê obrigado – pois assim exige o jogo de linguagem – a aportar argumento com maior carga de racionalidade – exatamente apoiados em pressupostos de validade que possam ser avaliados por todos como racionais – ou a admitir a debilidade de sua posição (irracionalidade – heurísticas), situação esta que enseja o reconhecimento da força persuasiva dos contra-argumentos levantados por um ou por alguns dos demais partícipes.

Em Dworkin, a coerência de princípios assume a forma mais sólida de pontuar na contabilidade deôntica, pois nos colocam diante de pressupostos de validade dotados de universalidade. Mas a coerência de princípios é um tipo especial de coerência, a que Dworkin denomina por Integridade – que se difere da tradicional intuição de que devemos repetir o que foi estabelecido no passado.[34] E complementa:

---

pelo sexo 'frágil' podem não achar que o curvar-se dos homens seja necessário quando uma mulher estiver realizando um trabalho 'masculino', ou quando a mulher é lésbica, por exemplo. Alguém que ache que se curvar é uma marca de respeito, por pessoas que têm a capacidade de gerar filhos pode não achar que a regra deva se [*estender*] a uma solteirona de meia-idade ou à mulher de um casal sem filhos" (GUEST, Ronald Dworkin. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. [Teoria e Filosofia do Direito]., p.36-37).

34. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça]. p. 169.

> o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como [integridade] supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la.[35]

A sociedade que aceita a Integridade como virtude político-jurídica, então, converte-se em um tipo especial de organização, que Dworkin designará como sendo uma *comunidade de princípios*:

> Se as pessoas aceitam que são governadas não por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito.[36]

A ideia, então, de uma integridade na legislação traz uma importante transformação sobre o que significa a atividade legiferante, já que se converte em uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, bem como sobre que concepções de equanimidade, justiça e devido processo legal adjetivo devem pressupor.

Por isso mesmo, é correto dizer que os direitos e os deveres dos membros dessa comunidade não irão se restringir às decisões particulares tomadas pelas instituições, sendo, logo, dependentes do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.

Sob o aspecto da atividade judicante, a ideia de uma integridade na jurisdição deve se comprometer com a adoção de uma interpretação criativa, isto é, assumir que o juiz de um caso concreto desempenha sua função com *responsabilidade política*, e que assume determinada teoria política que melhor justifique as práticas de sua comunidade. Tal raciocínio é exposto em dois momentos, que

35. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça]. p. 164.

36. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça]. p. 229.