

**UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ**

**RAFAEL ALEM MELLO FERREIRA**

**O PROJETO INACABADO DE UMA TEORIA DA  
DECISÃO JUDICIAL: de Habermas a Streck, na luta por  
decisões democráticas**

**Rio de Janeiro**

**2018**

**RAFAEL ALEM MELLO FERREIRA**

**O PROJETO INACABADO DE UMA TEORIA DA  
DECISÃO JUDICIAL: de Habermas a Streck, na luta por  
decisões democráticas**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da  
Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá  
como requisito para obtenção do título de Doutor em  
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

**Rio de Janeiro**

**2018**



**Estácio**

Universidade Estácio de Sá

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

A tese

***O PROJETO INACABADO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: DE HABERMAS A STRECK, NA LUTA POR DECISÕES DEMOCRÁTICAS***

elaborada por

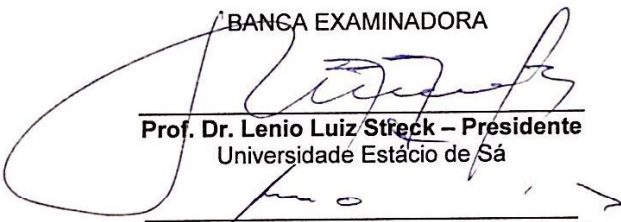
**RAFAEL ALEM MELLO FERREIRA**

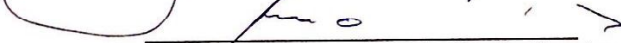
e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

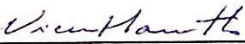
***DOUTOR EM DIREITO***

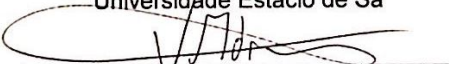
Rio de Janeiro, 13 de junho de 2017.


BANCA EXAMINADORA

  
**Prof. Dr. Lenio Luiz Streck – Presidente**  
 Universidade Estácio de Sá

  
**Prof. Dr. Afúisio Gonçalves de Castro Mendes**  
 Universidade Estácio de Sá

  
**Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto**  
 Universidade Estácio de Sá

  
**Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado**  
 Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

  
**Prof. Dr. Georges Abboud**  
 Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

*Aos meus amados pais, Jesio e Mirthes.*

## AGRADECIMENTOS

A realização desta tese de doutorado só foi possível graças à colaboração e ao contributo, de forma direta ou indireta, de várias pessoas e instituições, às quais gostaria de exprimir algumas palavras de agradecimento e profundo reconhecimento, em particular:

Ao Prof. Doutor Lenio Luiz Streck, pela disponibilidade para orientar este trabalho, pela profunda influência teórica, bem como pela seriedade acadêmica demonstrada ao longo deste percurso. Dessa experiência, resta a mais profunda admiração acadêmica e a formação de uma bela relação de amizade.

Aos meus pais, um agradecimento especial por se doarem inteiros e renunciarem aos seus sonhos, para que, muitas vezes, pudéssemos (eu e meus irmãos) realizar os nossos. A vocês, o meu amor;

Aos meus irmãos, Rodrigo e Gustavo, o eterno agradecimento pela confiança e pelo entusiasmo em relação a este trabalho. Sem vocês, minha vida nunca seria completa;

À Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) pelo apoio incondicional. Agradecimento este que se estende a todos os funcionários da instituição e especialmente aos professores Luiz Otávio de Oliveira Rezende e Rafael Tadeu Simões que foram determinantes para elaboração desta tese;

Aos professores Eduardo Figueiredo, Edson Vieira e Rafael Simioni pelos importantíssimos conselhos, por estimular a visão crítica e pela amizade;

À Thais Miranda pela torcida e pela fundamental ajuda em todas as etapas deste trabalho, desde antes do ingresso no programa de doutorado, incluindo as viagens, os trabalhos e artigos produzidos durante esses anos e, por fim, na elaboração e correção desta tese. A você o mais sincero dos agradecimentos.

Aos tantos amigos e professores que compartilharam comigo esta jornada: Renata Furtado, Natália Carvalho, Vitor Fontenelle, Leonardo Avelar, Alexandre Paniza, Gilberto Martins, Maria do Carmo Metzker, Priscila Camões, Ronaldo Garcia, Hudson Caminha, Naiara Garcia, Bruno Pistinizi, Ricardo Alves, Ana Carolina Silvestre, Daniela Mucilo, Adilson Ralf, Elias Kallás, Sandra Paulino, Lívia Silveira, Jaqueline Souza, Claudemir Alves, Jorge Sundermann, Elisângela Duarte, Janaina Zeferino, Vanessa Gavião, Marcelo Naschwagen, Lúcia Frota, Leandro Oliveira, Regis Andrade, Hamilton da Cunha, Leandro Corrêa de Oliveira, Leonardo Oliveira de Resende, Carlos Alberto Conti, entre muitos outros.

A todos, enfim, reitero o meu apreço e a minha eterna gratidão.

*"Quando dou comida aos pobres, me chamam de santo. Quando pergunto porque eles são pobres, chamam-me de comunista."*

Dom Helder Câmara

## RESUMO

A presente tese volta-se para a análise do papel da ciência jurídica na mediação entre a democracia e o poder exercido pelo Judiciário. Assim, pretende-se analisar a tensão existente entre a discricionariedade judicial e o princípio democrático. Esta investigação se vale das orientações teórico-filosóficas que alicerçam e sustentam a teoria crítica em virtude do afã de rejeitar uma produção apenas intelectual e voltar-se para uma atuação teórico-prática capaz de contribuir efetivamente para a alteração social. Nesse sentido, os esforços teórico-epistêmicos de Jürgen Habermas e Lenio Streck foram fundamentais para identificar os problemas da ciência jurídica, de sua crise paradigmática, da ausência de uma teoria da decisão jurídica nas diversas formas de positivismo jurídico, os limites de uma jurisdição constitucional e os caminhos para a formulação de uma teoria da decisão legítima. As inovações próprias de Jürgen Habermas permitem identificar com clareza a diferença de sua produção das de seus antecessores. Entre as diversas novidades empreendidas pelo filósofo alemão, chamam a atenção: a utilização da noção de giro linguístico, que permitiu a superação do esgotado do paradigma da filosofia da consciência; a criação do conceito de racionalidade comunicativa e de seu potencial emancipatório; a reconstrução da ciência jurídica a partir da tensão fundamental entre facticidade e validade; e a discussão da legitimidade do Direito por meio de sua teoria discursiva procedimental. Lenio Streck, por sua vez, é o responsável por empreender uma verdadeira autópsia da ciência jurídica com o intuito de desvelar o déficit paradigmático que vivenciamos. Heidegger, Gadamer e Ronald Dworkin foram conjugados e reinterpretados para empreender a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, que consiste em negar a tese de que o Direito é o que os tribunais dizem que é. Nesse sentido, evidencia-se a necessidade do controle do sujeito da modernidade por meio de um constrangimento epistemológico. Assim, o uso retórico dos princípios (pamprincipiologismo) e a forma como a jurisprudência utiliza a concepção de proporcionalidade de Robert Alexy são denunciados para se evitar um terreno fértil para a atuação solipsista por parte do julgador. Consequentemente, a tese da resposta correta mostra-se como a única alternativa para uma prática jurídica que deseja superar a discricionariedade judicial típica das diversas espécies de positivismo jurídico e blindar o Direito de seus predadores externos como a moral, a política e a economia, tornando-o efetivamente autônomo. Esses questionamentos permitem compreender a importância da legitimidade para o Direito moderno e a forma como os

tribunais devem atuar. A formulação de uma Teoria da Decisão legítima não pode prescindir da determinação da maneira como um Tribunal Constitucional deve decidir. Também não pode se furtar a estabelecer as bases para a inclusão dos indivíduos no procedimento democrático a partir de uma jurisdição constitucional agressiva, assim como deve exigir discursos de aplicação e fundamentação das decisões jurídicas. Por fim, foi explorada a aliança estratégica entre a hermenêutica filosófica capitaneada por Streck e a proposta procedimental de Jürgen Habermas a fim de demonstrar que essa simbiose se faz necessária para fundamentar uma Teoria da Decisão Jurídica legítima.

**Palavras-chave:** Democracia; Habermas; Teoria Crítica; Teoria da Decisão Judicial; Streck.



## ABSTRACT

*This thesis analyzes the role of legal science in the mediating between democracy and the power exercised by the Judiciary. Thus, the aim is to analyze the tension between judicial discretion and the democratic principle. This research is based on the theoretical-philosophical orientations that underpin and support the critical theory by virtue of the desire to reject only intellectual production and return to a theoretical and practical action capable of effectively contributing to social change. In this sense, the theoretical-epistemic efforts of Jürgen Habermas and Lenio Streck were fundamental to identify the problems of legal science, its paradigmatic crisis, the absence of a theory of legal decision in the various forms of legal positivism, the limits of a constitutional jurisdiction and the ways to formulate a theory of legitimate decision. Jürgen Habermas's own innovations allow him to clearly identify the difference of his production from those of his predecessors. Among the various novelties undertaken by the German philosopher, some draw attention: the use of the notion of linguistic turn, which allowed the overcoming of the exhausted philosophy of consciousness paradigm; the creation of the concept of communicative rationality and its emancipatory potential; the reconstruction of legal science from the fundamental tension between facticity and validity; and the discussion of the legitimacy of law through its procedural discursive theory. Lenio Streck, in turn, is responsible for undertaking a true autopsy of legal science in order to unveil the paradigmatic deficit that we experience. Heidegger, Gadamer, and Ronald Dworkin were combined and reinterpreted to undertake Streck's Hermeneutics Critique of the Law, that consist in denying the thesis that law is what the courts say it is. In this sense, the need to control the Modern subject is evidenced by an epistemological constraint. Thus, the rhetorical use of principles (pamprinciologism) and the way in which the Courts use the conception of proportionality of Robert Alexy are denounced to avoid a fertile ground for the solipsistic action by judges. Consequently, the Dworkin's "right answer" thesis appears as the only alternative to a legal practice that wishes to overcome the judicial discretion typical of the various kinds of legal positivism and to shield the Law from its external predators as morality, politics and the economy, making it effectively autonomous. These questions allow us to understand the importance of legitimacy for modern law and how courts should act. TA legitimate Theory of Decision cannot fail to determine how a Constitutional Court should decide. Nor can it evade to establish the bases for the inclusion of individuals in the*

*democratic procedure from an aggressive constitutional jurisdiction, as well as it must demand discourses of application and justification of juridical decisions. Finally, the strategic alliance between the philosophical hermeneutics headed by Streck and the procedural proposal of Jürgen Habermas was explored in order to demonstrate that this symbiosis is necessary to support a legitimate Theory of Juridical Decision.*

**Keywords:** *Critical Theory; Discretionary power; Judicial Decision Theory; Jürgen Habermas; Legal Hermeneutics; Lenio Streck; Rule of Law.*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2 CAMINHOS PARA UMA TEORIA CRÍTICA DA DECISÃO JUDICIAL .....</b>	<b>26</b>
2.1 O labirinto paradigmático como condição de legitimidade.....	27
2.2 Aportes teóricos de uma teoria discursiva do direito .....	35
2.3 Construção da Racionalidade Comunicativa: a guinada linguística .....	37
2.4 Diferenças entre a racionalidade comunicativa e instrumental.....	41
2.5 O sistema do direito como mediação entre a facticidade e a validade .....	53
2.6 Existe possibilidade de legitimidade por meio da legalidade positivista?.....	64
2.7 Redefinindo a legalidade: uma proposta da teoria discursiva.....	68
2.8 Concepção procedimental da formação do Direito.....	73
2.9 Co-originariedade da esfera pública e privada e o espaço da moral nas sociedades modernas .....	76
2.10 Aspectos de uma Teoria da Decisão Jurídica a com base na teoria discursiva do direito	83
<b>3 A ORIGEM DO PROBLEMA: O DNA SOLIPSISTA .....</b>	<b>90</b>
3.1 O Positivismo Jurídico .....	92
3.2 A intriga paradigmática .....	94
3.3 O mito do dado e o paradigma da consciência: democracia e a formação do Sujeito da Modernidade.....	102
3.4 O positivismo jurídico e a discricionariedade: para além do senso comum.....	110
3.5 No labirinto da discricionariedade: as formas de positivismo jurídico .....	117
3.6 Solipsismo e discricionariedade: formas de acabar com a Teoria da Decisão .....	121
3.7 Crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck e o giro ontológico linguístico .....	136
<b>4 CAMINHOS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA .....</b>	<b>155</b>
4.1 A genealogia do positivismo jurídico.....	156
4.2 A heterogeneidade na unidade do positivismo jurídico .....	161
4.3 A ausência de uma Teoria da Decisão nos diversos positivismos .....	169
4.4 Fundamentos para uma Teoria da Decisão Judicial.....	176