

---

## As Críticas de Habermas ao Juiz Hércules de Dworkin e a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição

### Habermas's Criticism of Dworkin's Judge Hercules and the Open Society of Constitution Interpreters

Received: 2023-02-10 | Accepted: 2023-03-20 | Published: 2023-03-31

---

**Fernando Gabriel de Carvalho e Silva**

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6226-6408>  
Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, Brasil  
E-mail: [fg.carvalhoesilva@gmail.com](mailto:fg.carvalhoesilva@gmail.com)

**Luis Gustavo Liberato Tizzo**

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5917-3772>  
Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, Brasil  
E-mail: [professortizzo@gmail.com](mailto:professortizzo@gmail.com)

---

#### ABSTRACT

This article, through deductive research methodology, intends to demonstrate Ronald Dworkin's constructivist theory, especially his criticisms of positivism and the judicial discretion proposed by Herbert Hart. For this, an incursion into Dworkin's ideas is made, especially those related to the application of principles to justify decisions in difficult cases. The mythological figure of Judge Hercules will also be analyzed, that is, the theoretical personification of the task that must be performed by a judge by holistically analyzing the legal system and the principles, abstract or concrete, inserted in it. In the end, the criticisms made to Hercules and the possible response to them based on the open society thesis of the interpreters of the constitution will be demonstrated.

**Keywords:** Ronald Dworkin. Jürgen Habermas. Peter Häberle. Principles. Judge Hercules. Open society of constitutional interpreters;

---

#### RESUMO

O presente artigo, através do método dedutivo, pretende demonstrar a teoria construtivista de Ronald Dworkin, especialmente as suas críticas ao positivismo e a discricionariedade judicial proposta por Herbert Hart. Para isso, é feita uma incursão pelas ideias de Dworkin, sobretudo aquelas relacionadas a aplicação de princípios para a justificação das decisões em casos difíceis. Será analisado, ainda, a figura mitológica do Juiz Hércules, ou seja, a personificação teórica da tarefa que deve ser realizada por um juiz ao analisar holisticamente o ordenamento jurídico e os princípios, abstratos ou concretos, nele inseridos. Ao final, serão demonstradas as críticas feitas ao Juiz Hércules por Jürgen Habermas e a possível resposta a elas com base na tese sociedade aberta dos intérpretes da constituição.

**Palavras-chave:** Ronald Dworkin. Jürgen Habermas. Peter Häberle. Princípios. Juiz Hércules. Sociedade aberta dos intérpretes da constituição.

---

## INTRODUÇÃO

A teoria construtivista de Ronald Dworkin, formulada em decorrência das críticas deste autor as falhas encontradas nas teorias positivistas, realistas e hermenêuticas, é a busca pela redução da discricionariedade judicial proposta por Herbert Hart para a solução dos casos difíceis. Não só. Objetiva, Dworkin, a aceitabilidade racional das decisões, das normas e dos precedentes e a sua justificação através da reconstrução do emaranhado de princípios presentes na comunidade, o que permitiria tratar o direito como uma túnica inconsútil.

A superação da teoria positivista e a atuação concretista do juiz que aceita o ideal interpretativo da integridade do direito exige do julgador uma postura sobre-humana, mitológica, que foi denominada teoricamente, pelo próprio Dworkin, como Juiz Hércules. Essa personificação teórica da missão do julgador será criticada por Habermas, em decorrência da sua atuação monológica, fechada, pautada apenas sobre si mesmo.

O juiz não é toda a comunidade, sobretudo quando se trata de uma comunidade pluralista como a contemporânea. A abertura aos novos valores, princípios e interpretações se mostra necessária. Seria, então, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, conforme proposto por Peter Häberle, uma resposta as críticas feitas ao Juiz Hércules?

### 1 DWORKIN E A TEORIA CONSTRUTIVISTA

Com o intuito de garantir a segurança jurídica por meio da redução da discricionariedade do juiz, a teoria do direito de Ronald Dworkin, ao propor uma nova racionalidade das decisões judiciais, especialmente em decorrência do abandono do direito natural, busca alcançar uma única decisão judicial correta para cada caso posto em julgamento, mas sem se utilizar da prática discricionária do juiz nos chamados casos difíceis (*hard cases*), como proposto por positivistas como Hart.

A teoria do direito de Dworkin surge com as propostas de soluções das falhas encontradas nas três teorias do direito que tentavam resolver o problema da racionalidade da operação jurisdicional pós direito natural, quais sejam, realista, positivista e hermenêutica. Conforme explica Habermas:

[...] a teoria dos direitos, elaborada por Dworkin, pode ser entendida como a tentativa de se evitar as falhas das propostas de solução realista, positivistas e hermenêuticas, bem como através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências de segurança do direito e aceitabilidade racional (2010, p. 252).

Em breve síntese, a teoria hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação. A interpretação tem início em uma pré-compreensão valorativa, que estabelece uma relação

preliminar entre norma e estado de coisas. Esta pré-compreensão, que inicialmente é difusa, torna-se mais precisa quando a norma e o estado de coisas constituem-se ou concretizam-se reciprocamente. Insere-se a razão no complexo histórico da tradição, sendo que a pré-compreensão do juiz é determinada através dos “*topois*” de um contexto ético tradicional (Monica, 2008, p. 11).

Por sua vez, o realismo não faz alusão aos lugares comuns, mas a determinantes extrajurídicos que podem ser explicados por análises empíricas. Fatores externos explicam como os juízes fecham os espaços de decisão. O realismo alude, portanto, a psicologia, história, sociologia etc., que explicariam o porquê das decisões serem como elas são.

O positivismo pretende, contrariamente ao realismo e a hermenêutica, fazer jus a estabilização dos comportamentos sociais. Segundo Eder Fernandes Monica (2007, p. 83)

O positivismo jurídico tentou garantir a consistência das decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política. Sublinhou o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos, opaco em relação a princípios não jurídicos. Dessa maneira, resolve-se o problema da racionalidade dando primazia a um sistema de regras regulado por uma regra básica que decidirá a validade destas através de subordinações precisas. Privilegia-se a legitimação que se obtém por meio da legalidade, o “processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma”.

Dworkin encontra falhas nessas teorias. Conforme explica Habermas (2010, p. 252), contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas as regras, ou seja, soluções encontradas no ordenamento jurídico e não em fatores externos, as quais garantem uma medida suficiente de direito. Em relação ao positivismo, Dworkin afirma a possibilidade e a necessidade de decisões “corretas”, cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios, de modo que a discricionariedade do juiz seria fraca, uma vez que o julgador não criaria uma norma para o caso concreto, mas decidiria com base em princípios pré-estabelecidos, em respeito, inclusive, à segurança jurídica. Por fim, em relação à hermenêutica, afirma Dworkin, que uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar ao juiz a história de tradições autoritárias com conteúdo normativo. Segundo Monica (2007, p. 85):

Essas críticas iniciais vão ser o pano de fundo sob o qual Dworkin desenvolverá a sua teoria alternativa, tentando solucionar os problemas levantados. Sua teoria aborda o conceito de direito como um conceito interpretativo, não como um conceito semântico, o que privilegia a prática jurídica em detrimento de uma análise das regras que regulam o uso do termo “direito”. O direito não é uma mera questão de fato, como defendem as versões conceituais do positivismo.

Voltando seus olhos especificamente aos casos difíceis, ou seja, aqueles que não possuem uma regra específica para solucioná-lo, Dworkin crítica a proposta apresentada pelos positivistas, especialmente por Hart. Conforme explica Habermas (2010, p. 251) em tais casos, como fundamentar a adequação de decisões seletivas inevitáveis? O positivismo aborda

superficialmente esse problema e analisa suas consequências como sintomas de uma imprecisão inevitável de formulações da linguagem coloquial. Hart pensa que a carência interpretacional das normas jurídicas é resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisionista. Na proporção em que o direito não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, ou seja, em casos que não há regra específica para a sua solução, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio.

Conforme explica Perez (2003, p. 350):

El campo de pruebas a que somete el autor a este modelo lo constituyen los llamados “casos difíciles” (*hard cases*), aquellos casos en los que no existe una solución inequívoca aplicando las reglas convencionales existentes; frente a estos, el modelo positivista desarrolla una teoría de la jurisdicción en la que ocupa un lugar central la idea de discreción judicial. Si, de acuerdo con el “modelo de reglas”, el derecho está integrado exhaustivamente por un conjunto finito de reglas convencionales, los casos difíciles no pueden, por definición, resolverse adecuadamente mediante la aplicación de las reglas del sistema sino que precisan la intervención libre del juzgador.<sup>1</sup>

Essa discricionarietà do julgador é um dos pontos de discordância entre Dworkin e Hart. Ela corresponde à discricionarietà em sentido forte, implicando a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou, em outras palavras, à ideia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma. Essa discricionarietà estaria ligada às questões da completude ou incompletude do direito, da natureza legal ou meramente moral dos princípios, da competência ou incompetência do juiz de elaborar leis (Ikawa, 2004, p. 98).

A questão da discricionarietà remete a questão da completude ou incompletude da lei que, por sua vez, abarca outras três questões, quais sejam, à regra social de reconhecimento, à teoria bifásica ou monofásica da lei e à natureza dos princípios. Hart busca traçar uma teoria descritiva de lei que possibilitaria identificar os critérios que respondam quais as regras e quais os princípios são leis. A preocupação de Hart em identificar a lei tem relação direta com a busca da segurança jurídica, com a eficiência da pressão social e com a possibilidade, ou não, de alterações deliberadas da lei. (Ikawa, 2004, p. 101).

Um sistema pode ser bifásico ou monofásico, a depender da existência de uma discricionarietà forte por parte do juiz. O sistema de Hart (1997, p. 247-250) seria bifásico,

---

<sup>1</sup>Em livre tradução: O campo de testes a que o autor submete este modelo é constituído pelos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), aqueles casos em que não há solução inequívoca aplicando as regras convencionais existentes; contra estes, o modelo positivista desenvolve uma teoria da jurisdição em que a ideia de discricionarietà judicial ocupa um lugar central. Se, segundo o “modelo normativo”, a lei é composta exhaustivamente por um conjunto finito de regras convencionais, os casos difíceis não podem, por definição, ser resolvidos adequadamente pela aplicação das regras do sistema, mas requerem a livre intervenção do juiz.

identificado pela regra de reconhecimento<sup>2</sup>, que uma vez exaurida representaria o início da discricionariedade em sentido forte pelo juiz, marcando a passagem de uma fase para outra nesse sistema. Por outro lado, Dworkin afirma que o exaurimento da regra de reconhecimento representa uma falha na teoria da regra social. Conforme leciona Ikawa (2004, p. 102):

O sistema bifásico envolve a análise da regra social de reconhecimento de Hart. Essa regra apresenta, segundo Dworkin, critérios insuficientes para a identificação do que seria a lei, ocasionando a falsa visão de que essa apresentaria lacunas e, por conseguinte, a falsa visão de que o juiz teria, ao menos por vezes, discricionariedade em sentido forte.

Dworkin critica a solução dada por Hart, por entender que, mesmo no exaurimento da regra social, poderia ser identificado um dever legal. Segundo Perez (2003, p. 351):

En opinión de Dworkin, el positivismo, así descrito, lleva a una descripción del proceso judicial que no sólo contradice la forma como los jueces interpretan su propia actividad sino que además es contraria a los principios políticos en que se asienta la actividad institucional de los tribunales – *verbigracia*, el principio de división de poderes y el principio de irretroactividad de las leyes.<sup>3</sup>

E completa Ikawa (2004, 103):

Nesse sentido, a regra social de reconhecimento de Hart implica um alto grau de incertezas e injustiças, apontando lacunas onde, em verdade, poderiam existir deveres legais que imporiam ao juiz uma determinada decisão. Esse alto grau de incertezas, que possibilita o exercício indevido de uma discricionariedade em sentido forte, é incoerente, para Dworkin, com a preocupação positivista com a segurança jurídica.

Por outro lado, a teoria construtivista de Dworkin seria monofásica, por meio de uma análise holística de identificação e justificação da lei, não havendo, portanto, uma fase na qual seria permitido o uso da discricionariedade forte por parte do juiz. Essa teoria apresentada pelo autor, busca uma justificação coerente para todos os precedentes, dispositivos legais e costumeiros, princípios convencionais e filosóficos presentes em uma determinada comunidade, inexistindo, portanto, uma regra de reconhecimento com *pedigree*.<sup>4</sup> Dessa forma, o sistema

<sup>2</sup> Segundo KOZICKI e PUGLIESE (2017): A regra de reconhecimento estabelece um critério ou critérios segundo os quais uma norma é identificada. A existência da regra de reconhecimento é uma questão de fato, empírica; na maior parte das vezes sua existência não é enunciada. Esta regra é distinta das outras regras do sistema e sua natureza vai depender do ponto de vista com o qual se encara o Direito (interno ou externo). A regra de reconhecimento está diretamente relacionada à validade das outras regras do sistema, uma vez que ela estabelece os critérios de validade destas normas. Neste sentido, ela seria a regra última do sistema. Ao mesmo tempo, a existência de uma única regra de reconhecimento caracteriza a existência de um ordenamento jurídico. Ela é concebida como sendo o fundamento deste.

<sup>3</sup> Em livre tradução: Na opinião de Dworkin, o positivismo, assim descrito, leva a uma descrição do processo judicial que não só contradiz a forma como os juízes interpretam sua própria atividade, mas também contraria os princípios políticos em que se baseia a atividade institucional dos tribunais. – Por exemplo, o princípio da divisão de poderes e o princípio da irretroatividade das leis.

<sup>4</sup> Conforme explica Neiva (2017, p. 39) “Segundo a primeira tese – tese do pedigree – é necessário que toda regra juridicamente válida satisfaça dois critérios: (a) que ela passe num teste de validade; (b) que esse teste de validade faça referência somente ao seu pedigree, e não a algum tipo de conteúdo moral. Para Dworkin,

comportaria também princípios convencionais e não convencionais de justiça, além, evidentemente, direitos, deveres e princípios históricos, emanados das leis e dos precedentes. (Ikawa, 2004, p. 104-105).

Dworkin, portanto, discorda da tese positivista que equipara normas jurídicas a regras jurídicas. O positivismo, segundo o autor, é um modelo de regras, porém, ao assumir que todas as normas jurídicas são regras, o positivismo ignora, sem qualquer justificativa plausível, o papel desempenhado pelos princípios jurídicos no raciocínio judicial (Neiva, 2017, p. 40).

Nesse sentido, afirma Lourdes Santos Perez (2003, p. 351):

A juicio del autor se obtiene una comprensión mejor del proceso judicial si se admite que el derecho está integrado no sólo por reglas positivas sino también por *principios*, una clase de normas que no son creadas deliberadamente pero de cuya existencia nos cercioramos en el proceso de solución de los casos difíciles, y que mantienen una relación interna con las reglas vigentes en la medida en que las informan, les prestan justificación y, al tiempo, guían la interpretación de la totalidad del material jurídico.<sup>5</sup>

Na mesma linha, explica Sarmiento (2014, p. 7):

Dworkin reestabelece a conexão entre o direito e a ética a partir da distinção do modelo de regras e princípios, em que o sistema jurídico passa a ser composto não somente por regras, mas também por princípios que incorporam uma interpretação moral na solução de determinados casos. Esses princípios se originam daquilo que é “apropriado, desenvolvido pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado”. Assim a validade do direito provém de atividade interpretativa realizada pelo julgador, unindo “os discursos de aplicação e justificação (...) em um só sistema jurídico. Os princípios decorrem da atividade interpretativo-reconstrutiva do juiz”.

Resta evidente, portanto, que Dworkin rejeita a ideia de que a norma escrita seja a única fonte dos direitos, especialmente em casos difíceis (*hard cases*) em que o julgador encontra dificuldade em aplicar a norma ao caso concreto. Segundo o autor, o ideal de prestação jurisdicional é que os direitos morais sejam acessíveis nos tribunais. Como consequência, as regras são aplicadas na forma do “tudo ou nada”, enquanto os princípios de acordo com as dimensões de peso, ou, acrescentamos, por meio de ponderação, expressando padrões diferentes (Sarmiento, 2014, p. 7).

---

a tese do pedigree não afirma somente que as regras juridicamente válidas devam passar num teste de validade; ela também afirma que esse teste de validade somente diz respeito à origem ou pedigree da regra em questão (e não a sua adequação moral)”.

<sup>5</sup> Em livre tradução: Na opinião do autor, obtém-se uma melhor compreensão do processo judicial se se admitir que o direito está integrado não só por regras positivas, mas também por princípios, classe de normas que não são criadas deliberadamente, mas cuja existência verificamos na solução processo de casos difíceis, e que mantêm uma relação interna com as normas vigentes na medida em que as informam, lhes dão justificação e, ao mesmo tempo, orientam a interpretação de todo o material jurídico.

Por sua vez, o princípio se divide em duas espécies, são elas: argumentos de política, ou seja, um padrão utilizado para atingir resultados sociais e econômicos de uma sociedade, sendo justificado por decisões coletivas e pelo sistema democrático; e princípios em sentido estrito, ou seja, padrões que atendem as exigências de justiça e equidade, incluindo os direitos individuais e a moral. Os princípios em sentido estrito prevalecem sobre as decisões coletivas, uma vez que se baseiam em fundamentos morais, que por sua vez seriam “trunfos” contra a maioria (Sarmiento, 2014, p. 8).

Para correta aplicação dos princípios, Dworkin defende a virtude da integridade do ordenamento jurídico, devendo o juiz agir conforme um conjunto coerente de princípios comprometidos com a comunidade. Portanto, segundo Sarmiento, “quando o juiz analisa o caso e nota a possibilidade de aplicar mais de uma norma, a escolha entre as interpretações normativas deve ser aquela que melhor se harmonize com o papel e o sentido das instituições, bem como com a moral da sociedade” (2014, p. 9).

Conforme explica Giovanni Saavedra:

O princípio judiciário da integridade, portanto, instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma corrente coerente de justiça e equidade. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam dos princípios de justiça, de equidade e do devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Fazendo a relação entre direito e moral, Perez explica que:

La teoría del derecho como integridad afirma la existencia de una relación interna entre derecho y moral. En efecto, Dworkin señala que la práctica jurídica – de forma muy señalada, la práctica jurisdiccional – está sometida a una exigencia de justificación que no puede satisfacerse apelando a meras convenciones sino que requiere el recurso a principios, y que esos principios han de entrar en el proceso de justificación como principios morales. Aunque los jueces no pueden decidir sobre la base de sus propios principios, sino sobre la base de los principios del sistema, la integridad les exige aplicarlos no como meras creencias convencionales sino en su condición de principios morales genuinos, con la pretensión de que son correctos<sup>6</sup>. (Perez, 2003, p. 356).

Portanto, resta evidente que os juízes, em vez de julgarem de forma discricionária os casos difíceis, devem realizar uma análise holística do sistema legal, sem desconsiderar, portanto, os princípios. Conforme explica Sarmiento (2014, p. 5), Dworkin “defende a ideia de revisão

---

<sup>6</sup> Em livre tradução: A teoria do direito como integridade afirma a existência de uma relação interna entre direito e moral. De fato, Dworkin aponta que a prática jurídica – principalmente a prática jurisdiccional – está sujeita a um requisito de justificação que não pode ser satisfeito apelando para meras convenções, mas requer o recurso a princípios, e que esses princípios devem entrar no processo de justificação como princípios morais. Embora os juízes não possam decidir com base em seus próprios princípios, mas sim com base nos princípios do sistema, a integridade exige que eles os apliquem não como meras crenças convencionais, mas como princípios morais genuínos, com a pretensão de serem corretos.

judicial sufragada por uma comunidade de princípios e interpretada por uma leitura moral da Constituição feita pelo julgador.”

Quando julgar casos difíceis, o juiz deve buscar respostas corretas à luz de uma interpretação construtivista do ideal político da comunidade no qual se encontra inserido. A interpretação judicial, dessa forma, é como um exercício literário, como um romancista escreve os capítulos de um livro, ou seja, considerando o enredo, os capítulos anteriores e posteriores (Sarmiento, 2014, p. 10).

Como explica o próprio Dworkin:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade. (2010, p. 305).

Ao exercer a prestação jurisdicional, portanto, deve o juiz ter como base um todo coerente e estruturado, rejeitando qualquer outra decisão que não se mostre correta ou adequada, construindo a decisão com base na moral política, na estrutura das instituições e nas decisões e princípios da comunidade, inclusive aplicando o princípio jurisdicional da integridade, que exige que os julgadores procurem agir de forma consistente com a lei como um todo.

## 2 O JUIZ HÉRCULES E AS CRÍTICAS DE HABERMAS

Para realizar essa tarefa extremamente dispendiosa, Dworkin constrói a figura de um juiz sábio e com capacidade sobre-humana, na qual ele nomeia de juiz Hércules. Segundo Jürgen Habermas:

Dworkin sabe que, para desempenhar essa tarefa, é preciso pressupor um juiz cujas capacidades intelectuais podem medir-se com as forças físicas de um Hércules. O “juiz Hércules” dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação, e ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. (Habermas, 2010, p. 263).

Hércules seria capaz, inclusive, ao constatar os valores e as formas de vida estabelecidas em uma comunidade, de determinar o que é direito válido e o que não é direito válido (Sarmiento, 2014, p. 10).

Portanto, Hércules é a personificação teórica da tarefa que deve ser realizada por um juiz que adota a concepção do direito como integridade. A prestação jurisdicional realizada por Hércules, ao se apoiar na integridade do direito, deve considerar as diferentes dimensões de interpretação e os diferentes aspectos destas, e ainda os ideais à respeito da equidade, justiça e devido processo, buscando fundir todos esses elementos na opinião geral de que a interpretação que levar em conta todos os aspectos considerados, tornará o histórico legal da comunidade o



melhor possível conforme o ponto de vista da moral política (Monica, 2008, p. 66). Portanto, conforme leciona Ikawa (2004, p. 109), Hércules “adepto da teoria construtivista, submeter-se-ia ao dever legal de buscar, por uma análise holística do sistema jurídico, os princípios que melhor justificariam esse sistema.”

Adotando a concepção de integridade, o julgador deve encarar o direito como se ele fosse um “tecido sem costura”, de modo que as suas decisões serão justificadas por argumentos de princípios e não por argumentos de política. Os precedentes, por sua vez, também devem ser justificados por princípios que apliquem coerentemente os direitos como um todo, possibilitando a afirmação de que a decisão aplicada é compatível com os princípios estabelecidos, ou seja, que ela é equânime e compatível com as demais decisões sustentadas pelo tribunal.

Conforme explica Habermas:

O espaço preenchido pela sobre-humana capacidade argumentativa de Hércules é definido, de um lado, pela possibilidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos e, de outro lado, pela necessidade de classificar criticamente a massa do direito positivo e de corrigir os “erros”. Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a histórica institucional de um determinado sistema de direitos, “do modo como é exigido pela equidade” (Habermas, 2010, p. 263).

Os críticos de Dworkin, sobretudo Habermas, os acusaram de desenvolver uma teoria que se apoia em um princípio solipsista, sobrecarregando o juiz ao exigir-lhe uma reconstrução monológica racional do direito vigente (Monica, 2008, p. 12). Jürgen Habermas afirma que “Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras” (2010, p. 276).

Hércules não dialoga, é solitário. Hércules não cria laços argumentativos com a comunidade, sendo, portanto, impossível retratá-la com a exatidão necessária para a construção de decisões únicas, corretas e devidamente justificadas. Nesse sentido, é a crítica de Michelman:

O que está faltando na concepção de direito de Ronald Dworkin como integridade (jurídica) [...] é diálogo. Hércules, o juiz mítico de Dworkin, evita outras pessoas. Ele é também excessivamente heroico. Suas construções narrativas são monólogos. Ele não conversa com ninguém, exceto através de livros. Ele não tem encontros. Ele não se reúne com ninguém. Nada o estremece. Nenhum interlocutor viola o isolamento inevitável de sua experiência e perspectiva. Mas, depois de tudo, Hércules é só um homem. Ele não é toda a comunidade. Nenhum homem ou mulher pode ser toda a comunidade (apud DUTRA, 2006, p. 21).

E arremata Habermas: “Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente”. Desta forma, “o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentando pela comunicação pública dos cidadãos” (2010, p. 277-278).

Segundo Habermas, “melhor ancorar as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político da *sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado a verdade” (2010, p. 277).

### 3 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

A atuação monológica dos juízes e especialmente dos tribunais constitucionais é algo ainda presente em nosso sistema judicial. As críticas feitas por Habermas a figura mitológica criada por Dworkin é atual. Em decorrência disso, Peter Häberle propõe uma análise da hermenêutica constitucional considerando não apenas os objetivos e métodos de interpretação, mas sobretudo os participantes dessa interpretação.

As críticas feitas por Häberle caminham juntas as críticas feitas ao Juiz Hércules, especialmente quando o autor afirma que a interpretação constitucional sempre se concentrou unicamente nos juízes, sendo, portanto, uma modelo de interpretação de uma sociedade fechada. Conforme explica:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral -, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional” (Häberle, 1997, p. 12).

Desta forma, o âmbito de investigação da interpretação constitucional, ao se concentrar quase que exclusivamente no juiz, acaba sendo extremamente reduzido, especialmente por não considerar aqueles que vivenciam a realidade constitucional.

Portanto, a questão gira em torno dos participantes do processo de interpretação, ou seja, de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação pela e para uma sociedade aberta (Häberle, 1997, p. 12-13).

O autor, então, propõe a seguinte tese:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (Häberle, 1997, p. 13).

O fato é que a interpretação constitucional tem sido, conscientemente, realizada por uma sociedade fechada, uma vez que dela tomam parte aqueles intérpretes jurídicos, ou seja, vinculados a corporações e participantes formais do processo constitucional. Entretanto, a interpretação constitucional é um elemento da sociedade aberta. As potências públicas que participam do processo social estão envolvidas na interpretação constitucional, sendo ela,

portanto, elemento resultante da sociedade aberta e elemento formador dessa sociedade. Segundo Häberle, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la” (1997, p. 13).

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente do processo hermenêutico (HÄBERLE, 1997, p. 15).

Para um desenvolvimento realista da interpretação constitucional é preciso distinguir dois grupos, os intérpretes em sentido lato e os intérpretes em sentido estrito. O primeiro grupo seria os cidadãos, órgãos estatais, sistema público e opinião pública, que atuam ao menos como pré-intérpretes constitucionais. Ao seu turno, os intérpretes em sentido estrito são aqueles que, na jurisdição constitucional têm a última palavra. E afirma o autor:

Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. (Häberle, 1997, p. 14).

Segundo o autor, são participantes da interpretação: as funções estatais, como a Corte Constitucional e órgãos estatais dotados de poder de decisão com força vinculante; os participantes dos processos de decisão que não são órgãos do Estado, como o requerente ou recorrente, parecerista e peritos; a opinião pública democrática e pluralista; a doutrina constitucional (Häberle, 1997, p. 21-23). Resta evidente, portanto, que as forças da sociedade política devem interpretar e apresentar ao juiz a sua interpretação.

Portanto, resta evidente, com base nos estudos de Häberle, que não é possível desconsiderar o papel do cidadão e das demais potências públicas na interpretação da Constituição, uma vez que essa interpretação deve ser pensada sempre levando em consideração a esfera pública e a realidade constitucional (Riche e Ferreira, 2010, p. 266). Deste modo, a abertura da interpretação da constituição para aqueles que vivem a norma é uma possível resposta as críticas feitas a atuação monológica do Juiz Hércules de Dworkin.

## CONCLUSÃO

De início, procurou-se demonstrar neste artigo a teoria construtivista proposta por Dworkin, e ainda as críticas deste autor ao positivismo a época vigente e o seu modelo de racionalidade na operação jurisdicional. Especialmente nos casos difíceis (hard cases), Dworkin propõe decisões fundamentadas em princípios, de modo a afastar a discricionariedade forte do julgador, em respeito a segurança jurídica.

Foi demonstrado, ainda, que a questão da discricionariedade do julgador se relaciona com a completude ou incompletude da lei, que por sua vez remete as questões ligadas à regra social de reconhecimento, conforme proposto por Hart, à teoria bifásica ou monofásica da lei, e à natureza dos princípios.

A análise buscou ressaltar a grande importância que Dworkin confere aos princípios, pois estes colaboram com uma melhor compreensão do processo judicial, além de manterem uma relação com as normas positivadas, tendo em vista que lhe dão justificação e orientam todo o arcabouço jurídico. É restabelecido através dos princípios a conexão entre direito e moral.

Sublinhou-se que compete ao juiz decidir os casos difíceis reconstruindo um esquema de princípios abstratos e concretos para justificar as regras e precedentes. Para realizar tamanha tarefa, Dworkin construiu um juiz mitológico chamado de Hércules, dotado de capacidade sobre-humana, que adota a concepção de direito como integridade e conhece os princípios concretos e abstratos capazes de justificar as decisões judiciais e o direito vigente.

Referida figura mitológica foi objeto de críticas, sobretudo por Habermas, que descreveu a sua atuação como monológica, apoiada em si mesmo, sem qualquer diálogo com quem quer que seja. A possível solução ao Juiz Hércules seria uma abertura para a sociedade e as forças políticas que lhe constituem.

Ao final, ainda caminhando com Habermas, foi analisada a tese proposta por Peter Häberle, como uma possível solução às críticas feitas ao monólogo produzido por Hércules.

Apesar de Habermas não discorrer a fundo sobre a tese proposta por Peter Häberle, parece que a sociedade aberta dos intérpretes da constituição é uma resposta adequada as críticas feitas a atuação monológica do Juiz Hércules de Dworkin.

Hércules deve abandonar a sua atuação monológica. O fato é que os Tribunais não detêm o monopólio da interpretação constitucional, da interpretação dos princípios e nem mesmo da interpretação dos precedentes. Essa interpretação também é realizada por aqueles que vivenciam a norma. A hermenêutica pluralista proposta por Häberle, a abertura da interpretação constitucional aos cidadãos e demais forças políticas da comunidade é um caminho claro e coerente que o Hércules pode tomar, a fim de abandonar uma atuação monológica que é incapaz de retratar todos os valores, princípios, formas de vida e aspirações de toda uma comunidade.

Retratar toda uma comunidade, especialmente os princípios morais que a regem, e que devem ser acessíveis ao tribunal, requer constante diálogo com os membros dessa própria comunidade e que são capazes de entregar ao julgador a realidade constitucional.

O resultado, espera-se, é uma interpretação mais vinculada com a realidade da comunidade e sobretudo mais democrática, tendo em vista a ampla participação dos elementos do grupo social na construção da interpretação final. Não basta Hércules apoiar-se em si mesmo, deve apoiar-se, também, naqueles que vivem e interpretam a norma.

## REFERÊNCIAS

BANNWART JÚNIOR, C. J.; TESCARO JÚNIOR, J. E. Jürgen Habermas: Teoria crítica e democracia deliberativa. *Confluências / Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 12, n. 2, p. 129-156, 28 out. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34337>. Acesso em 04 jun. 2022.

DUTRA, Delmar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. *Veritas*, Porto Alegre, v. 51, n. 1, mar. 2006. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1880/1401>. Acesso em 30 maio 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Natália Braga. FLAVIO Riche. A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição: Limites e Possibilidades de Aplicação à Realidade Constitucional Brasileira. *Sequência*. Florianópolis, vol. 31, no. 60, 2010, pp. 257–274. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p257>. Acesso em 03 jun. 2022.

GOÉS, Ricardo Tinoco de. A Legitimidade Decisória da Jurisdição Segundo os Postulados de Democracia Deliberativa: A Teoria de Jürgen Habermas em Base Prospectiva. *Pensamento Jurídico*. São Paulo, v. 8, n. 2 (2015). Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/31>. Acesso em 07 jun. 2022.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Volume I, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. (1997). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 2a. ed.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* [online]. 2004, n. 61 [Acessado 27 Maio 2022], pp. 97-113. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452004000100006>. Epub 29 Jul 2004. ISSN 1807-0175. <https://doi.org/10.1590/S0102-64452004000100006>. Acesso em 02 jun. 2022.

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>

MACHADO, F. N.; PENA, H. Imaginário Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição e Democratização da Hermenêutica Constitucional. *Revista Direitos Fundamentais & amp; Democracia*, [S. l.], v. 3, n. 3, 2008. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/206>. Acesso em: 8 jun. 2022.

MONICA, Eder Fernandes. *A possibilidade de uma única sentença correta para cada caso*. Orientador: Luiz Fernando Belinetti. 2008. 165 p. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito Negocial, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vfls000129402>. Acesso em 03 jun. 2022.

MONICA, Eder Fernandes. A teoria de Dworkin para a superação da tensão entre segurança jurídica e decisão justa. *Revista do Direito Público*, v. 2, n. 3, p. 83-98, 2007. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11365>. Acesso em 02 jun. 2022.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho.; STRECK, Lenio Luiz. (coord.). *Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo: A teoria do direito de Joseph Raz*. Salvador: Juspodivm, 2017. (Coleção Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação).

REYES, Juan Luis Vidal. El derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez: Jürgen Habermas. *Derecho y Cambio Social*, año 8, Nº. 24, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5498872>. Acesso em: 05 jun. 2022.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS PÉREZ, María Lourdes. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S.l.], n. 26, p. 347-385, nov. 2003. ISSN 2386-4702. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2003-n26-una-filosofia-para-erizos-una-aproximacion-al-pensamiento-de-ronald-dworkin>>. Acesso em: 01 jun. 2022.

SARMENTO, Vitor Seidel. O papel da jurisdição constitucional à luz das teorias de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Jeremy Waldron. *Derecho y Cambio Social*, v. 35, p. 1-29, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472779>. Acesso em: 03 jun. 2022.

VEIGA JUNIOR, J. C. V.; VANZELLA, J. M. M. . A racionalidade da jurisdição e a crítica de Habermas ao Juiz Hércules de Dworkin. In: IV Seminário Internacional de Direito (SEMIDI), 2016, Lorena. *Direitos humanos e sociedade contemporânea*. Lorena: Unisal, 2016. p. 1-13. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro6/Jo%C3%A3o%20Carlos%20Valentim%20Veiga%20Junior%20e%20Jos%C3%A9%20Marcos%20Min%C3%A9%20Vanzella.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022.

VERBICARO, L. P.; BEZERRA DE CASTRO, P. G. Direito, Controle Judicial e Democracia: O debate entre as teorias democráticas de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. *Revista Direito em Debate*, [S. l.], v. 26, n. 47, p. 177–204, 2017. DOI: 10.21527/2176-6622.2017.47.177-204. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6829>. Acesso em: 5 jun. 2022.