

O PAPEL DO INTÉRPRETE NO DIREITO SEGUNDO A TEORIA DA INTEGRIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

*THE ROLE OF THE INTERPRETER IN LAW ACCORDING TO THE THEORY
OF INTEGRITY: AN ANALYSIS OF JUDICIALIZATION AND JUDICIAL
ACTIVISM IN BRAZIL*

Samuel Justino de Moraes^I

Cintia Garabini Lages^{II}

^I Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. Graduando em Direito. E-mail: samueelmoraes360@gmail.com

^{II} Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. Doutora em Direito. E-mail: cintiagarabini@gmail.com

Resumo: O presente estudo propõe analisar a atividade do intérprete no Direito, tendo a Teoria da Integridade, de Ronald Dworkin como referencial teórico, uma vez que a atuação ativa o Poder Judiciário, na vida institucional brasileira, vem despertando controvérsias acerca dos limites da atividade jurisdicional. Com isso, surge, como problemática a necessidade de se verificar quando uma decisão se mantém dentro dos limites da racionalidade própria ao Direito, seja do ponto de vista argumentativo, seja do ponto de vista interpretativo. Para tanto, como metodologia, fora reconstruída criticamente, em um primeiro momento, a proposta hermenêutica de Herbert L.A. Hart, para, depois, discutir-se o papel do juiz segundo a Teoria da Integridade, de modo a cumprir com os objetivos da presente pesquisa. Por fim, para verificar quando uma decisão judicial não é ativista, ainda que se valendo de fontes extralegislativas, fora analisada a ADO 26 e o MI 4.733, o que permitiu concluir que, para tal, deve o juiz rejeitar argumentos de políticas, sempre observando integralmente o sistema jurídico, assumindo-o como um conjunto coerente de princípios.

Palavras-chave: Atividade jurisdicional. Métodos hermenêuticos. Argumentos políticos. Princípios.

Abstract: This study aims to analyze the activity of the interpreter in Law, taking Ronald Dworkin's Theory of Integrity as a theoretical framework. The active role of the Judiciary Power in Brazilian institutional life has been stirring controversies about the limits of jurisdictional activity. As a result, arises as a problem, the need to verify when a decision remains within the rationality that is proper to Law, whether from an argumentative or from an interpretative point of view. Therefore, as a methodology, Herbert L.A. Hart's hermeneutic proposal had been critically reconstructed at

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v22i42.184>

Recebido em: 28.07.2020

Aceito em: 15.01.2022



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

first, to later discuss the role of the judge according to the Integrity Theory, aiming to comply with the objectives of this research. Finally, to verify when a judicial decision is not an activist, even if using extra-legislative sources, ADO 26 and MI 4,733 were analyzed, which allowed us to conclude that, for this, the judge must reject policy arguments, always observing the legal system, assuming it as a coherent set of principles.

Keywords: Judicial activity. Methods hermeneutic. Political arguments. Principles.

1 Considerações iniciais

O papel ativo desempenhado pelo Poder Judiciário na vida institucional brasileira vem despertando discussões. Decisões judiciais, tais como as que estendem o conceito de racismo para abarcar condutas que envolvam aversão à orientação sexual ou identidade de gênero, criminalizando condutas¹; ou como as que determinem a suspensão da exibição de um programa humorístico fundamentada na conclusão de que seria mais adequado e benéfico para a sociedade brasileira e cristã²; acabam por incorporar argumentos de moralidade política, o que desperta questionamentos acerca do seu papel institucional.

Em meio a essas discussões, há quem emita opiniões favoráveis, como, por exemplo, Cármen Lúcia, ministra do Supremo Tribunal Federal (STF), para a qual o ativismo judicial é um dever do Judiciário, que deve atuar “para que a injustiça não prevaleça”³. Doutro lado, há também quem emita opiniões contrárias, como a do ex-juiz Wilson Witzel, o qual aduziu para a ofensa ao princípio da separação dos poderes, premissa insculpida na Constituição, quando se encontrara com Dias Toffoli, outro ministro da Suprema Corte, para pedir “o fim do ativismo judicial em decisões que estariam onerando governos estaduais”⁴.

De todo modo, quando os tribunais adotam posturas como as de concretizar pretensões delegadas aos poderes políticos, indo além do legislador ordinário, como aduz Barroso (2012,

1 No caso, o STF formou maioria para estender as hipóteses dos tipos penais que criminalizam o racismo, enquadrando a homofobia e a transfobia nas condutas previstas na Lei 7.771/89. STF: ADO 26, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 13-06-2019; STF: MI 4.733, rel. Min. Edson Fachin, *DJ* de 13-06-2019.

2 Decisão proferida pelo desembargador Benedito Abicair, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao entender que o “Especial Porta dos Fundos: a primeira tentação de Cristo” poderia provocar danos à sociedade brasileira, majoritariamente cristã, se continuasse disponível na plataforma digital onde poderia ser acessada, devendo, por isso, ser censurada. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/desembargador-tj-tj-censura-especial-natal-porta-fundos>.

3 Ministra do Supremo Tribunal Federal desde 2006, Cármen Lúcia afirmou, no *Seminário Independência e Ativismo Judicial: Desafios Atuais*, que a atividade do Poder Judiciário não pode ser passiva. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/ativismo-judicial-e-dever-de-magistrados-afirma-carmen-lucia/>.

4 Essas decisões se referem àquelas que obrigam o Estado a fornecer medicamentos. Ele, ex-governador do Rio de Janeiro, e outros governadores propuseram que fossem fixados critérios objetivos a serem seguidos pelo Judiciário na chamada “Judicialização da saúde”. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/witzel-pede-dias-toffoli-fim-de-ativismo-judicial-em-decisoes-que-estariam-onerando-governos-estaduais-23653148>.

p. 31), agem de modo a fazer despontar uma problemática de matriz teórica, que se traduz na indagação sobre quais seriam os limites argumentativos e interpretativos para a manutenção de uma decisão judicial dentro de uma racionalidade que seja própria ao Direito. Trata-se, portanto, de problemática que envolve a Teoria da Decisão Judicial, a qual, segundo Dworkin (2002, p. 9), deve estabelecer os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos jurídicos difíceis, perpassando também por questões relacionadas à teoria da separação dos poderes ante à tentativa de demarcar o espaço da atuação jurisdicional no modelo institucional vigente.

Em que pese seja indiscutível a existência de divergências semânticas acerca da expressão *ativismo judicial*, às vezes utilizada para designar uma postura necessária e esperada dos juízes, às vezes como significação de uma postura ativa, nociva à democracia e incompatível com os valores constitucionais, como explica Teixeira (2012, p. 37)⁵, *ativismo judicial*, para os fins desta pesquisa, não significa outra postura que não aquela associada a uma participação mais agressiva do Poder Judiciário na concretização de determinados valores, mesmo que às custas de interferências no espaço de atuação dos outros dois Poderes, chocando-se com a expectativa que tem o jurisdicionado acerca da atividade jurisdicional do Estado por valer-se de argumentos próprios daquelas outras instâncias.

Com efeito, o ativismo judicial guarda relação, por vezes, com a chamada *superinterpretação*, como discorre Trindade (2019, p. 448), caracterizada pela imposição da vontade do intérprete para atender aos anseios das vanguardas iluministas, sendo ignorada a intenção do texto, com a devida contextualização dos seus contornos políticos e sociais, para ceder espaço a fatores metajurídicos, ante a ausência de delimitação mais precisa dos cânones interpretativos.

Nesse sentido, para Oliveira (2018, p. 47), o ativismo judicial é uma das razões que faz com que se desperte mais atenção à problemática da discricionariedade, antagonizando-se, neste cenário, vários autores. Enquanto Ronald Dworkin, em “*Levando os direitos a sério*”, parte na cruzada contra a *discricionariedade*, por defender a tese da única resposta certa, o positivismo, pelo menos sob certo recorte – do qual inclui-se a teoria de Herbert L. A. Hart –, a toma como bandeira de identidade.

No entanto, juízos discricionários podem abrir margem para que o intérprete empregue critérios próprios em sua atividade dada a ausência de parâmetro jurídico vinculativo. Por isso, para Dworkin (2002, p. 36) não é correto concluir que há discricionariedade quando não exista uma regra clara para o caso concreto, uma vez que os princípios, sempre existentes, lançam-se como idôneos a garantir a descoberta da *resposta certa* ao caso concreto. Ainda segundo Dworkin, quando os juristas debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, recorrem, nos casos difíceis, a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como *princípios*. Não obstante, para alcançar-se respostas certas, é preciso ter em mente o tipo de argumento que pode consubstanciar os princípios, além da estrutura adequada para tanto, pois nem tudo é

⁵ Como aduz Teixeira (2012, p. 37), “o sentido pejorativo é empregado em determinados momentos, enquanto, em outros, um juiz ‘ativista’ termina representando a personificação daquele juiz Hércules do qual fala Dworkin”.

princípio – já que, do contrário, nenhuma regra estaria a salvo –, e nem toda decisão baseada em princípios é compatível com uma racionalidade própria do direito. Por isso, essa é uma questão central.

Por outro lado, diferentemente do ativismo judicial, a *judicialização* é contingencial. Na verdade, decorre do próprio modelo constitucional brasileiro, que tanto permite a judicialização das mais diversas questões sociais, pelo seu perfil analítico e programático da Constituição de 1988⁶, quanto impõe à lei não excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁷. Desse modo, a judicialização evidencia-se na medida em que algumas “questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”. (BARROSO, 2012, p. 24).

Nessa linha de pensamento, havendo pretensão resistida relativa a direito cujo exercício pretende ser efetivado, poderá o indivíduo judicializar a resistência a tal direito, requerendo tutela jurisdicional por meio do direito de ação, ainda que não consagrado por uma instância política, o que acaba por levar o Poder Judiciário a debater ações e políticas públicas para sua garantia.

Um exemplo desse fenômeno pode ser extraído da afirmação constante no parágrafo que inicia o presente texto, quando membros do Poder Executivo estadual se reuniram com o presidente do STF para propor a fixação de critérios objetivos a serem seguidos pelo Judiciário na chamada “judicialização da saúde”, evitando decisões que onerem excessivamente os cofres dos estados. Esse apelo se deu pelo fato de as políticas públicas para a garantia do direito à saúde⁸ estarem sendo pleiteadas sob a forma de ações judiciais, em razão da sua não consagração pelos órgãos políticos.

Todo modo, a interpretação e a argumentação são os componentes marcantes do fenômeno relativo ao protagonismo judicial brasileiro. Com efeito, nota-se a utilização de métodos hermenêuticos para além da função mecânica de aplicação do direito ao caso concreto, seja para tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, seja para dirimir as incertezas contidas na lei ou ampliar ou restringir a aplicação das normas⁹. Este fenômeno, entretanto, decorre daquilo que Hart (2009, p. 140-141) chamou de *zona de penumbra*, consequência do fator de incerteza ocasionado pela previsão humana imperfeita e pelo caráter inerentemente vago da linguagem natural. Essa incerteza, em outras palavras, seria fruto da linguagem humana, incapaz

6 O termo analítico é utilizado para designar uma constituição extensa, com normas detalhadas. Já o termo programático é utilizado para designar uma característica própria das constituições que traçam “metas, programas de ação de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico.” (BRANCO; MENDES, 2014, p. 63).

7 Preceito insculpido no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988.

8 Preceito insculpido no art. 196 da Constituição Federal de 1988.

9 Herbert L. A. Hart, em *O Conceito de Direito*, trata, nesse momento, da textura aberta, campo deixado pelo direito, em razão da imprecisão da linguagem, o que leva os tribunais a exercerem a discricionariedade que lhes é conferida para dirimir esta lacuna. (HART, 2009, p. 176).

de antecipar, por meio de descrições abstratas, todas as combinações passíveis de ocorrência na realidade prática, dado que infinitas as circunstâncias, situações e cenários.

Nesta zona limítrofe, surge a necessidade de se institucionalizar alguma prática que permita a análise de pretensões não abarcadas por proposições jurídicas extraídas de textos normativos. Nesses casos, o juiz, independentemente do modo como se compreenda sua atividade, não pode se furtar a uma postura passiva, negando-se a analisar o caso concreto em razão da inexistência de regulamentação jurídica. Ao contrário, deve jurisdicção, o que faz surgirem dúvidas acerca da existência de limitação jurídica e do tipo de comportamento que deva ter, para, por fim, não incorporar práticas ativistas.

Diante desse cenário, algumas decisões com base em argumentos que não tenham por fundamento razões exclusivamente positivadas pelo Direito são necessárias, sendo a Moralidade Política a única instância apta a fornecer a resposta correta para o caso *sub judice*. Porém, como se verá à frente, mesmo nesses casos há padrões que devem ser observados pelos juízes para que estes não saiam da estrutura da racionalidade que é própria ao Direito. Esses padrões, segundo a Teoria da Integridade vão desde o compromisso com a argumentação e a interpretação construtiva até a necessidade de se guardar coerência com o Direito, assumido como um conjunto íntegro de regras e princípios, premissas que conduzirão o intérprete à resposta correta, mesmo quando o Direito não se apresentar como objetivamente determinável em um primeiro momento.

No entanto, quando desrespeitados esses padrões, a decisão pode ser considerada ativista em razão do órgão judicial emitir decisões como se agente político fosse. Essas decisões, por conter forte carga política, quando resultado de uma apropriação de matérias ordinariamente reservadas ao Poder Constituinte Derivado, se apresentam como incompatíveis com o papel desempenhado pelo intérprete no âmbito da Teoria da Integridade. Para Dworkin (2002, p. 36), argumentar com políticas é uma prerrogativa monopolística dos órgãos políticos, uma vez que são estes os legitimados para dispor sobre o bem-estar geral, cálculo de interesses e demais metas utilitaristas de uma sociedade. Em uma democracia, em se tratando de preferências sensíveis¹⁰, o procedimento majoritário é o mais adequado para a tomada de decisões coletivas. (MENDES, 2008, p. 71-72).

Assim sendo, tomando essas discussões como ponto de partida, o objetivo do presente estudo é, pois, analisar os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, tendo como enfoque os limites da atividade jurisdicional e o núcleo argumentativo estruturante de uma decisão judicial compatível com os parâmetros estabelecidos pela Teoria da Integridade. A metodologia adequada lança mão da técnica da revisão bibliográfica, de modo a reconstruir o pensamento positivista do século XX, para depois trabalhar a decisão judicial, perpassando

¹⁰Mendes (2008, p. 70-71) argumenta que Dworkin entendia que existiam duas classes diferentes de decisões políticas: i) as sensíveis, onde prevalece o aspecto quantitativo, porque diz respeito à distribuição de encargos e benefícios, sendo correto afirmar que a maioria deve decidir; ii) e as insensíveis, relacionadas aos direitos morais individuais dos cidadãos, caso em que o aspecto quantitativo é irrelevante, não importando qual o procedimento a ser adotado, mas, ao contrário, o conteúdo da decisão, o que legitimaria um procedimento que garanta a acuidade da mesma, ainda que não majoritário, como a revisão judicial.

tanto pela doutrina estrangeira, notadamente a de Ronald Dworkin, quanto pela brasileira. Os objetivos gerais convergem em situar a problemática da interpretação. Os objetivos específicos, por sua vez, são concernentes em desenhar uma conceituação mais exata do papel do intérprete judicial, contribuindo com aspectos atinentes às fontes, argumentos e compreensão acerca do seu papel institucional.

A partir da metodologia utilizada, fora possível desenvolver um estudo que tivesse como enfoque a decisão judicial, transcorrendo por suas fontes e limites. Com isso, analisou-se a sua (in)compatibilidade com o uso de argumentos de política, tomando-se como pressuposto o acertamento da decisão com o direito, mesmo quando não positivado, a fim de compreender o efetivo papel institucional ocupado pelo Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito.

2 Desenvolvimento

As discussões sobre o papel do intérprete no Brasil, têm, como pano de fundo, a teoria da separação dos poderes, idealizada por Montesquieu. Essa teoria, consagrada expressamente no texto constitucional¹¹, representou um grande avanço em relação às tradicionais ideias aristotélicas sobre governo misto, na medida em que, diferente desse modelo anterior, no qual os poderes representariam classes sociais, passou a pressupor um modelo em que os diferentes poderes corresponderem a diferentes funções governamentais, prevendo a autonomia de cada qual, com sua limitação pelo próprio poder, sem que se tornassem disfuncionais. (ACKERMAN, 2014, p. 15).

Assim, com essa noção, fica estabelecida a identificação de funções especializadas, atribuídas, cada uma delas, a órgãos independentes, tornando possível o exercício de cada função, por cada órgão, de maneira autônoma. Por isso, esse modelo se tornou um dos corolários do constitucionalismo moderno, sendo uma forma de realização democrática e do Estado de Direito, vez que atende o pressuposto democrático de distinção entre o legislativo, que elabora leis que a todos se aplicam, e a função jurisdicional, que aplica o direito criado.

Por consequência, ao admitir-se que são delegadas ao Poder Legislativo as funções típicas de elaboração de leis e fiscalização dos demais poderes, como aduzem Branco e Mendes (2014, p. 895), ter-se-ia que eventual criação judicial do direito, quando está o Poder Judiciário exercendo sua função precípua de aplicação do direito, poderia representar ofensas à lógica da separação de poderes. Contudo, pelo fato de o juiz nem sempre exercer sua função aplicando, de forma silogística-dedutiva, o direito posto a um caso *sub judice*, tal proposição exige um aprofundamento maior.

110 art. 2º da Constituição Federal de 1988 dispõe serem Poderes da União, de forma independente e harmônica entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Como ensina Leal (2018, p. 88-89), a jurisdição, como atividade monopolística do Estado de reconhecer o direito a ser aplicado ao caso concreto, deve estar, em um contexto democrático, subordinada aos princípios fundamentais do processo viabilizadores de um exercício democrático de discussão horizontal pelas partes, no qual estas influenciarão a decisão com base nos argumentos lançados nessa estrutura procedimental, sendo o provimento a uma resposta às suas alegações.

Desse modo, jurisdição não seria somente a função monopolística do Estado em aplicar o Direito, pois, se assim fosse, estar-se-ia diante de uma concepção de Estado de Direito dissociada da lógica democrática e da garantia de direitos fundamentais, no qual a decisão judicial seria apenas a declaração do direito posto pelo Estado por meio de seu órgão legislativo, independentemente do seu conteúdo material. Essa concepção de jurisdição é diferente da concebida no contexto de Estado Democrático de Direito, no qual a jurisdição constitucional é compreendida como “a atividade jurisdicional exercida pelo Estado objetivando tutelar o princípio da supremacia da Constituição e o de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos”. (DIAS apud CÂMARA, 2012, p. 07).

Sob essa ótica, além da necessidade da garantia da participação democrática na formação de vontade do Estado, há a necessidade de que a jurisdição exercida garanta, formal e materialmente, direitos fundamentais, sobretudo os processuais, exigindo, por assim dizer, mais do intérprete do que o silogismo em um processo lógico-dedutivo. Com efeito, maiorias podem ser tirânicas.

Ressalte-se que a ideia de aplicação mecânica como limitador da atividade jurisdicional já foi considerada como ideal, sobretudo pelo Positivismo Jurídico. A Escola da Exegese¹², por exemplo, com o movimento de codificação do Direito, tinha, como característica, a interpretação minuciosa do texto da lei escrita, totalidade do direito positivo, entendendo que a função específica do jurista era ater-se com rigor ao texto legal para revelar seu sentido. Entretanto, esta interpretação, embora tenha sido muito bem-sucedida durante o século XIX, não se coadunou com a realidade dos tempos modernos, passando o exegetismo, sob o prisma da Hermenêutica Jurídica, a ser considerada uma concepção obsoleta, por reduzir a ciência do direito à mera técnica de interpretação e de auxílio à aplicação silogística da norma. (DINIZ, 2013, p. 66-72).

Assim sendo, percebe-se que a atividade substitutiva de pacificação dos conflitos exercida pelos órgãos jurisdicionais estatais é problemática, tal como o é a questão da interpretação do Direito. Essa última, vale dizer, suscitou controvérsias entre as variadas escolas do pensamento jurídico, dentre as quais a . Uma delas, importante para o que se almeja com o estudo, relaciona-se com a compreensão conceitual criterial do Positivismo Jurídico, corrente do pensamento jurídico que admite, nos casos de lacuna, a criação judicial do direito quando ausentes padrões objetivos.

¹²A Escola da Exegese, nas palavras de Diniz (2013, p. 66-72), foi uma subcorrente do positivismo jurídico que, em linhas gerais, tinha, como característica, a interpretação minuciosa do texto da lei escrita, totalidade do direito positivo, entendendo que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal para revelar seu sentido, sendo, assim, uma função mecânica da lógica dedutiva.

Esta solução inovadora é, todavia, rechaçada por Ronald Dworkin por, paradoxalmente, (i) não garantir segurança jurídica, (ii) ferir o ideal das expectativas protegidas – ao afetar as previsões que teriam as pessoas acerca das consequências jurídicas de suas condutas – e (iii) ser modalidade de criação injusta, porque aplicada retroativamente.

Essa aparente controvérsia torna necessária a reconstrução da concepção positivista do Direito para os fins almejados com o presente estudo, com destaque para as teorias desenvolvidas no século XX. Todo modo, assim como Dworkin (2002, p. 27), o texto assume que, ao aglutinar-se a uma corrente plural de pensamento em um único signo conceitual, corre-se o risco de incorrer em alguma imprecisão histórica. Por essa razão, é salutar alertar que o artigo aborda o Positivismo Jurídico pela forma que lhe foi dada por Herbert L. A. Hart., tomando sua teoria para o desenvolvimento da presente investigação científica.

2.1 O conceito de Direito

O Positivismo Jurídico, como aduz Morbach (2019, *n.p.*), é uma escola do pensamento jurídico centrada em duas grandes teses: (i) a tese das fontes sociais (ii) e a tese da separabilidade conceitual entre Direito e Moral. Segundo essa compreensão, os critérios últimos de validade de uma norma jurídica não estão ligados a questões de méritos, deméritos ou satisfação de determinados valores morais substantivos, mas, ao contrário, a suas fontes.

Com efeito, na síntese feita por Dworkin (2002, p. 7-8), o Positivismo Jurídico “[...] é uma teoria sobre o que é o direito: em linguagem menos dramática, trata-se de uma teoria sobre as condições necessárias e suficientes para a verdade de uma proposição jurídica”. Portanto, de acordo com essa corrente, a “[...] verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso”¹³.

Assim sendo, nos termos do Positivismo, tem-se um sistema jurídico se houver a observância dos critérios sociais que o determinam. Esses critérios seriam os elementos explícitos que determinariam o Direito como produto do Estado, unificando o sistema jurídico a partir de uma regra a fim de viabilizar a análise de se determinada norma integra ou não o Direito. Para Hart (2009, p. 111-121), o aludido elemento seria a *norma de reconhecimento*.

Ainda segundo este autor (2009, p. 89-101), o Direito seria um conjunto de regras primárias e secundárias, sendo as primeiras as que estabelecem direitos e deveres e as segundas as que regulam o processo de elaboração e aplicação do Direito. Como regra secundária, tem-se ainda a regra de reconhecimento, aquela adotada pelos tribunais como parâmetro de aferição da validade de outras regras e do seu pertencimento ao sistema jurídico. Essa regra define requisitos necessários a serem satisfeitos por outras regras para que estas sejam válidas e integrantes do

¹³Dworkin (2002, p.8) também crítica a teoria do utilitarismo, a qual subordina o direito ao bem-estar geral. Todavia, essa crítica não será abordada no texto, vez que inoportuna quando cotejada com os fins do estudo.

sistema, reconhecendo-as como normas dotadas de juridicidade ao mesmo tempo em que constitui o o seu fundamento de validade.

Vale ressaltar que este conceito de *regra de reconhecimento* encontra relevantíssimo papel na Teoria do Direito de Hart, até porque é ela, nas palavras de Dworkin (2002, p. 29), quem satisfaz o teste fundamental de *pedigree*¹⁴ para que outras normas sejam consideradas como regras jurídicas. Para Hart, tal como a norma fundamental na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, a regra de reconhecimento é o fundamento de validade das regras que compõem o Direito, sejam elas de ordem primária ou secundária. (GONÇALVES; QUIRINO, 2018, p. 101).

Passando a discorrer sobre a textura aberta do Direito, Hart (2009, p. 163) aduz que a linguagem através da qual as regras comunicam padrões de conduta obrigatórios possui uma vagueza ou *textura aberta*, independentemente da estratégia adotada para transmitir os padrões gerais de comportamento – legislação ou precedente. Ambos os padrões, ainda que funcionem facilmente em um número grande de casos, mostrar-se-ão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida, podendo surgir incertezas quanto ao tipo de comportamento por eles exigidos.

A razão, para tanto, funda-se justamente na impossibilidade de se antecipar, por meio dessas descrições abstratas, todas as combinações passíveis de ocorrência na realidade prática, na medida em que “os legisladores não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer. Essa imprevisibilidade traz consigo uma relativa imprecisão dos objetos”. (HART, 2009, p. 167).

Por esse motivo, para Hart (2009, p. 172), seria impossível formular uma norma geral de conduta sem a atuação de um órgão oficial, o qual, diante da incerteza decorrente da textura aberta da linguagem, não teria outra alternativa senão a de examinar se o caso se assemelha suficientemente ao caso simples sob os aspectos pertinentes. Por isso, o melhor caminho para se dirimir essa controvérsia é aceitar que os tribunais exerçam uma função legislativa limitada denominada “*discretionariedade*”, admitindo-se que o magistrado escolha casuisticamente a solução jurídica, o que não significa, para o teórico, que essa também pudesse ser arbitrária ou irracional. Ao contrário, essa *discretionariedade* seria circunstancial, decorrendo da condição inerente à linguagem, sendo a análise do órgão oficial uma ameaça menor à democracia do que a remessa do caso ao Legislativo ou ao Executivo para deliberação.

Desse modo, na síntese feita por Dworkin (2002, p. 35), Hart conclui que as regras jurídicas possuem limites imprecisos, isto é, uma textura aberta, razão pela qual, nos casos problemáticos, os juízes têm e exercitam seu poder *discretionário* para decidir esses casos por meio de nova legislação. Contudo, como se verifica na prática, o que se tem compreendido como postura ativista dos magistrados não engloba apenas os casos que carecem de determinação linguística. Há, também, os casos em que as normas gerais vêm sendo afastadas quando conflitadas

¹⁴Teste realizado para distinguir as regras jurídicas válidas de outras regras, jurídicas ou morais, inválidas, tomando-se por base uma regra que estabeleça os critérios para concluir-se que outra pertence ao sistema jurídico.

com outros interesses. Para os fins desta pesquisa, estes são os pontos mais importantes, porque adentram nos limites da interpretação.

Como não há maiores divergências acerca da aplicabilidade de uma regra facilmente identificada ao caso concreto, quando existente, a problemática maior fica por conta dos *casos difíceis*, onde o direito não se apresenta como objetivamente determinável, seja porque (i) uma norma geral conflita com algum outro interesse maior; (ii) seja porque os padrões são vagos ou imprecisos; (iii) ou porque, embora se apresente como apto a regular o caso concreto, sua aplicação é colocada em segundo plano para atender-se algum valor da moralidade política.

Diante desse cenário, a solução de Hart para os casos difíceis (exercício de poder discricionário) é tida como deficitária para Dworkin (2002, p. 37). Se aceita, argumenta, restaria ausente qualquer parâmetro para aferir a veracidade de determinada proposição jurídica, na medida em que não seria possível demonstrar conclusivamente se a proposição é verdadeira ou falsa. Diante disso, qualquer resposta seria aceitável, vez que inexistentes padrões normativos que vinculassem o intérprete.

Quando se parte do pressuposto de que o Direito resume-se ao conjunto de normas jurídicas postas pelo Estado, isto é, a um conjunto de regras, ele perde o seu apelo quando, ao buscarem uma decisão anterior que revela uma norma jurídica posta adequada ao um caso concreto, verificam os juízes que esta norma não existe. Neste caso, a existência de uma lacuna normativa legitimaria uma decisão ancorada nos parâmetros encontrados na consciência do intérprete. Por isso, a discricionariedade romperia com a necessidade de coerência com as decisões tomadas no passado, sustentando-se no ideal de autoridade.

No entanto, essa imagem de direito parcialmente indeterminado ou incompleto só existiria, para Dworkin (2002, p. 23-73), pela imagem que dele faz o Positivista, uma vez que este desconsidera o caráter normativo dos princípios. Com sua avaliação interpretativista, entende Dworkin que, para além do direito explícito, positivado, há princípios jurídicos implícitos, que melhor se adequam à estrutura jurídica e oferecem uma melhor justificativa moral. Desse modo, segundo essa concepção, o juiz nunca sairia ou exerceria poderes criadores de direito em uma decisão judicial, não havendo, em casos controversos, liberdade para escolher impunemente entre diferentes alternativas igualmente válidas. Ao contrário, se apelar aos princípios, nos casos difíceis, com suas dimensões morais, o intérprete sempre encontrará uma resposta no Direito para decidir todo e qualquer caso concreto. (DWORKIN, 2002, p. 212).

Por essa razão, entende Dworkin que o exercício da atividade judicial remontaria à ideia de interpretação construtiva, dispondo que uma proposição jurídica somente é verdadeira apenas se “[...] puder ser deduzida, conjuntamente com outras premissas, dos princípios, que ao mesmo tempo se adequam à história institucional do sistema jurídico e oferecem a melhor justificativa moral para ela.” (DWORKIN apud HART, 2009, p. 327).

Com efeito, o “[...] laconismo do texto não exime o juiz da responsabilidade de encontrar a melhor resposta possível à luz de uma interpretação construtiva da história, da tradição, dos

precedentes e da moralidade”. Na verdade, a “[...] existência de respostas certas é uma demanda moral, sem a qual perde sentido postular a sinceridade argumentativa.” (MENDES, 2008, p. 35).

Para ilustrar essa exigência, Dworkin (2005, p. 237) se vale da figura mítica do juiz Hércules, o qual incorporaria as virtudes desejadas em um intérprete, sendo sua atividade de interpretar semelhante à metáfora do romance em cadeia. Segundo esta, seria necessário considerar, mentalmente, que um romance está sendo elaborado por um grupo de romancistas, cada qual responsável pela redação de um de seus capítulos. Para que haja coerência entre os capítulos de modo que possam eles expressarem-se como parte de uma única obra, os romancistas devem observar o que já foi escrito, sem ter a liberdade de inventar se valendo de suas próprias convicções ou anseios, escrevendo o seu capítulo da melhor maneira possível, de modo a manter a integridade da obra, que é um romance único e integrado, não uma série de contos. Tal como na metáfora, os juízes deveriam realizar a melhor das interpretações possíveis, amparada por uma leitura coerente das práticas institucionais, para encontrar o sentido unitário ao qual sua tarefa está inserida, materializando o ideal de que está o Estado falando com uma única voz.

Desse modo, por ser um todo de algo que continua, o Direito deve ser assumido como uma narrativa histórica. Entretanto, essa interpretação esbarra em limites, os quais relacionam-se diretamente à noção de interpretação do direito com base na integridade.

2.2 A teoria da integridade

Em *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin (2002, p. 35-73) formula um ataque geral à Teoria Positivista de Hart, criticando a compreensão conceitual criterial do Positivismo Jurídico por entendê-la insuficiente para descrever a prática jurídica. Para o autor, esta escola do pensamento jurídico pode ser lida por meio de três teses centrais: (i) o direito é um sistema composto exclusivamente por regras; (ii) que só são regras por obedecerem uma norma de reconhecimento; (iii) e quando essas regras não forem aptas a regularem um caso específico, o juiz teria a discricionariedade para decidir, escolhendo livremente, entre as alternativas válidas, qualquer uma delas, sem estar vinculado a qualquer parâmetro, justamente por inexistir qualquer interpretação inequívoca fornecida pelo direito.

Na verdade, para o Positivismo de Hart, como o direito é um conjunto de regras, a discricionariedade judicial acabaria sendo um elemento contingencial, posto que inexistiria qualquer padrão que vinculasse os juízes quando presente a *zona de penumbra*. Entretanto, como formulou Dworkin, se reconhecida a força normativa dos princípios, que também são padrões normativos de Moralidade Política institucionalizados pelo Direito, seria possível conduzir o raciocínio judicial à resposta correta, na medida em que, ao fazerem parte do Direito, são vinculantes, porquanto determinado pelo seu conteúdo, servindo de critério para a

decisão judicial nos casos em que o direito não se apresente como objetivamente determinável. (MORBACH, 2019, *n.p.*).

Desse modo, ao aduzir para a observância desse padrão normativo, Ronald Dworkin endossa as críticas à discricionariedade judicial em casos difíceis, propondo uma nova concepção do Direito, na qual haveria compromisso com a proteção de direitos no sentido forte, dado que incluiria, no Direito, um conteúdo mínimo de justiça que transcenderia as meras declarações formais dos órgãos políticos. Por essa razão, o teórico norte-americano nega que a norma jurídica posta seja a fonte exclusiva do Direito, inserindo, nesse contexto, a Moralidade Política, com um juiz que passa a ser guardião dos princípios. (MENDES, 2008, p. 36).

Esse juiz guardião poderia, inclusive, extrapolar as decisões políticas tomadas pelo legislador, contrariando uma decisão majoritária, sem que estivesse a legislar, desde que fundamentada sua decisão única e exclusivamente¹⁵ em “argumentos de princípio, que justificam a decisão política mostrando que essa respeita um direito moral do indivíduo”¹⁶. (MENDES, 2008, p. 36).

A razão, para tanto, perpassa pelo fato de que decisões de princípio não dependem do tipo de legitimação subjacente à decisão majoritária, justamente por não se basearem em balanceamento de interesses contrapostos, distribuição de recursos ou vontade da maioria, como as decisões de política, mas apenas na consideração abstrata do indivíduo como sujeito moral. (DWORKIN, 2002, p. 36).

Essa visão institucionalizada para defender uma comunidade de membros morais governada por princípios – não só por políticas –, é a ambição da teoria jurídica de Dworkin. No entanto, pensar desta forma poderia levar algum crítico a concluir que presente estaria a receita para o arbítrio judicial. Para que isso não dê azo a uma leitura que legitime o ativismo judicial, faz-se necessária a compreensão do papel argumentativo na teoria da integridade.

Segundo Mendes, a legitimidade de que goza o juiz não provem de qualquer fonte, mas da *disciplina do argumento*, que exige que os juízes não façam nada que não possam justificar por meio de argumentos que satisfaçam a sinceridade e a transparência. O teste, para tanto, é a imposição de que só deve o juiz decidir com base em argumentos que se sustentem em público. Por isso, deve elaborar o melhor argumento que puder, sendo a intelectualidade o principal mecanismo para disciplinar sua atividade. Em uma sistematização, isso equivaleria à ideia de constrangimento intelectual: (i) ao decidir, o juiz deve argumentar; (ii) ao argumentar, deve satisfazer os ideais de sinceridade e transparência; (iii) e se assim satisfizer, poderá ser criticado pela comunidade jurídica e pela opinião pública.

Concebida assim a interpretação judicial, no que tange ao argumento, os juízes passarão a se esforçar para decidir da melhor forma possível, evitando subjetivismos em razão do receio

¹⁵De forma exclusiva, pois os argumentos de política, que descrevem metas, são de monopólio do legislador.

¹⁶O direito moral de que fala Dworkin é inatingível, inatacável, inegociável, impermutável, porque são trunfos perante a maioria; e porque asseguram ao indivíduo um *status* mínimo de dignidade.

das críticas que sofrerão, ao mesmo tempo em que serão forçados a expor as razões do conteúdo de suas decisões em uma espécie de prestação de contas de natureza intelectual. Para tanto, porém, é necessário que haja uma comunidade jurídica ativa, treinada, de modo a enfrentar os argumentos na metafórica arena da argumentação. (MENDES, 2008, p. 42-44).

Assim, quando os juízes forem adaptar as concepções de justiça, a saída para limitar o poder judicial seria, para Dworkin, trazer os fundamentos da argumentação, que deve ser a melhor resposta do ponto de vista de uma interpretação construtiva, sempre fundamentada em princípios, ao mesmo tempo em que deve ser sempre sincera e transparente, para que o público participe do argumento.

Porém, se convenções legislativas puderem ser relegadas em dados momentos para ceder a uma decisão judicial, faz-se necessária alguma justificação moral, sobretudo para que essa decisão não fuja à racionalidade própria do direito e não ofenda a democracia. Por isso, Dworkin trabalha a ideia de separação dos argumentos de princípios e de política, o que é essencial para a melhor compreensão do fenômeno do ativismo judicial em sua integralidade, já que toca o cerne da atividade judicante, relacionando-se com a interpretação e a argumentação.

2.3 *Princípios e políticas*

Diferentemente das regras, que funcionam por meio de uma lógica do *tudo-ou-nada*¹⁷, os princípios, na visão dworkiniana, operam por outra lógica, embora o jurista, é bom dizer, tenha abandonado posteriormente essa distinção, como afirma Waldron (2013, p. 6).¹⁸

Em *O Modelo de Regras I*, Dworkin (2002, p. 39-43) aduzira que os princípios, ao contrário das regras, não preveem uma situação fática de forma pretérita que legitimaria sua incidência, nem tampouco a respectiva consequência, caracterizando-se, ao contrário, por serem razões que conduzem o argumento em determinado sentido, podendo ou não ser aplicado ao caso concreto, sem que haja alguma exigência de aplicação uniforme. Com efeito, o que vinculará o magistrado é o *peso* ou *importância* de que goza o princípio, o qual pode continuar válido, ainda que não aplicado por ser uma exigência fática momentânea. Nesse sentido, se duas regras entram em conflito, uma suplantara a outra em virtude de sua maior importância, o que não ocorre com os princípios, já que admitem ponderação.

¹⁷Sob determinados pressupostos, deverão ser aplicadas determinadas consequências; e se sob determinados pressupostos não forem aplicadas determinadas consequências, não sendo a regra aplicada ao caso concreto, esta perderá sua validade, devendo ser extirpada do ordenamento jurídico.

¹⁸Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin passa a adotar uma nova posição, admitindo que julgamentos legais não só têm caráter moral como são, eles próprios, assim como os argumentos, julgamentos e argumentos morais. Como não é importante para o objeto do estudo, o presente não a abordará profundamente, porém, em linhas, é possível compreender essa nova posição com a leitura do seguinte trecho do texto escrito por Waldron (2013, p. 7): “Nothing guarantees that our laws will be just; when they are unjust, officials and citizens may be required by the rule of law, to compromise what justice requires. In Chapter 19, I speak to that conflict: I describe a conception of law that takes it not to be a rival system of rules that might conflict with morality, but as itself a branch of Morality.”

No entanto, ao se referir a princípios, Dworkin (2002, p. 36) aponta que usa o termo de maneira genérica para indicar todo o conjunto de padrões que não são regras. Eventualmente, ele opta pela precisão, distinguindo os argumentos de *princípio* e de *política*. Antes de adentrar nessa problemática, faz-se necessário compreender qual o ponto de partida para uma *comunidade democrática*, pois, é em razão desta que o teórico admite a revisão judicial de decisões políticas tomadas pela maioria legislativa.

Pois bem, Dworkin (1990, p. 329) rejeita a ideia de que em uma democracia genuína, no bojo de um Estado de Direito compreendido como protetor de direitos no sentido forte, as pessoas devam se autogovernar apenas por meio de decisões coletivas que sejam tomadas de acordo com os interesses de cidadãos individuais, sendo, assim, soma de seus votos. Na verdade, em sentido oposto, aduz que devem aquelas consagrar um resultado desejado por todos, como se estes se assumissem como um grupo que compartilha certos ideais, como comunidade de princípios. Assim, ainda que o indivíduo discorde de uma decisão, ele aceitará aquela como sendo a adequada, porque o povo, como ente autônomo que compartilha certos princípios, entendeu que aquela decisão seria a correta.

Contudo, para que isso ocorra, Ronald Dworkin aduz ser necessário o preenchimento de um requisito principal: a *filiação moral*. Ou seja, para que os indivíduos tomem as decisões do grupo como suas, é indispensável que estejam moralmente filiados a ele. Assim, não é qualquer decisão coletiva que garantirá o autogoverno, porque para que este ocorra, em uma democracia genuína, mais do que a adoção de procedimentos majoritários e da decisão da maioria, é necessário que os cidadãos se reconheçam membros morais de uma comunidade, pertencentes a ela, para que haja uma unidade coletiva de responsabilidade. Para tanto, faz-se necessário observar um ideal de tratamento para com os jurisdicionados, traduzido na necessidade de que sejam eles tratados com *igual consideração e respeito*, sendo, assim, respeitada a condição de indivíduo com igual *status* e dignidade, pois, afinal, “uma comunidade não conta com membros morais a menos que empreste a cada um tratamento peculiar”. (MENDES, 2008, p. 64).

Desse modo, em síntese, a filiação moral só é assegurada pela decisão correta, não simplesmente por uma decisão coletiva, na medida em que não será qualquer decisão tomada pela maioria que assegurará aquele ideal de tratamento e, conseqüentemente, suficiente para garantir que os indivíduos se sintam membros morais de um grupo. Por essa razão, para Dworkin, não há nenhum problema se a decisão que consagre este ideal vier por meio de um mecanismo não-majoritário, como a *revisão judicial*, desde que suficiente para satisfazer este compromisso moral subjacente de construir um ente coletivo, no qual todos se sintam obrigados.

A justificação exige que, por ser necessário que os indivíduos sejam tratados com igual consideração e respeito – fornecendo-se ao cidadão a participação, a reciprocidade e a independência na vida pública –, admita-se que há direitos morais para além daqueles convencionados previamente por órgãos chamados a função de legislar. Esses direitos, como explica Mendes (2008, p. 37), funcionariam como “trunfos” contra o pensamento utilitarista

– fundado no ideal de máximo de bem-estar possível para o máximo de pessoas possíveis –, na medida em que inatingíveis, inatacáveis, inegociáveis, impermutáveis e imprescritíveis, limitando as metas, vez que que asseguram ao indivíduo um *status* mínimo de dignidade. Dito de outro modo: os indivíduos possuem direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados por meio de legislação específicas. (DWORKIN, 2002, p. 13).

No entanto, para operacionalizar esses direitos como *trunfos* políticos contrariando o Positivismo e o Utilitarismo, Ronald Dworkin teoriza que é necessária a instituição de uma estrutura, já que a concepção constitucional da democracia exige que a consideração sobre o igual *status* dos cidadãos esteja fora dos procedimentos majoritários. (MENDES, 2008, p. 50-54). Assim, as decisões destinadas a assegurar o mínimo de dignidade ao indivíduo precisam advir de alguma instituição que tenha compromisso único e exclusivo com o conteúdo da decisão, não sua forma.

Para ilustrar, basta imaginar um cenário no qual o direito moral à vida do homossexual fosse delegado a uma instituição majoritária em um país onde fosse recriminada e repugnada a relação entre pessoas do mesmo sexo. Mas, ao contrário, imagine se a decisão sobre quem deva assumir um cargo político para gerir a coisa pública fosse delegada a um grupo específico de pessoas. Nos dois casos haveria problemas: o homossexual não teria seu direito moral reconhecido; e a democracia ficaria comprometida ante a possibilidade da escolha realizada pela maioria atender aos interesses únicos de um grupo de pessoas. Por isso, o pensamento de Dworkin compreende a estrutura democrática dessa forma: ele aceita um processo não majoritário para proteger o status dos cidadãos; mas não nega a tomada decisões coletivas para os casos sensíveis.

Como explica Mendes (2008, p. 50), no caso de decisões sobre *preferências insensíveis*, os tribunais cumprem essa missão de proteção do *status* mínimo de dignidade dos indivíduos, sendo as capitais do império do direito e os juízes os seus príncipes.

No entanto, a *revisão judicial* só se legitimaria na disciplina no argumento, que só poderia ser de *princípio*, enquanto padrão de exigência da justiça, não de qualquer outro tipo, pois, somente aquele destina-se a estabelecer um direito individual, descrevendo-o. Essa conclusão fica clara no capítulo 4 da obra *Levando os direitos a sério*, quando Dworkin (2002, p. 127-204) defende a tese de que as decisões judiciais baseadas em argumentos de princípio são compatíveis com os princípios democráticos. Neste caso, sintetiza Mendes (2008, p. 36), ter-se-ia o juiz guardião dos princípios, que se abre para a argumentação, justificando a decisão política com argumentos de princípio e demonstrando que aquela respeita um direito moral do indivíduo.

Quando os juízes decidem com base em *argumentos de política*, fogem da argumentação própria a ser empregada em uma decisão judicial. Isso porque a “política”, como sustentara Dworkin (2002, p. 36), é um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, buscando-se, normalmente, uma melhoria nos aspectos econômicos, políticos ou sociais de uma comunidade. Logo, quando assim argumentam, usurpam os juízes a função do órgão oficial chamado a legislar, na medida em que o legislador tem o monopólio dos argumentos de política.

Dessa forma, guiados pela disciplina do argumento, os juízes estariam impelidos a buscar *respostas certas*, no contexto de uma democracia comunal, por meio de um complexo raciocínio jurídico – que é moral, argumentativo, interpretativo e construtivo –, devendo, em todo caso, observar o ideal de direito como integridade, compreendendo o direito, assim, como um conjunto íntegro e harmônico de regras e princípios.

Nota-se, portanto, que a distinção entre argumentos de princípio e de política demarca os limites entre as funções de juiz e as do legislador e distribui a responsabilidade política entre os dois de modo distinto. Essa distinção conceitual é o cerne do ideal de integridade. A partir dela, nos termos em que põe Mendes (2008b, p. 1), conclui-se: a tarefa central das cortes é a defesa de direitos fundamentais – o “fórum do princípio” –, ao passo que o papel principal dos parlamentos representativos é a deliberação sobre políticas públicas – o “fórum da utilidade”.

Adequadamente fundamentada a decisão com base em princípio e respeitada a integridade do direito, a objeção de que o juiz estaria usurpando a função do legislador não se sustenta, porque, como dito, decisões de princípio não dependem do tipo de legitimação que subjaz à decisão majoritária. Quando se buscam decisões que observam o ideal de igual consideração e respeito, pouco importa quem as tomam, o importante é que estejam moralmente corretas. Essa é a responsabilidade dos juízes numa democracia: inserir a dimensão de princípio na esfera pública, conferindo densidade moral às decisões políticas para promover o ideal democrático ao garantir a filiação moral dos membros de uma comunidade de princípios.

2.4 *Direito como integridade*

Como visto, algumas decisões que romperem com o Positivismo podem não ser antidemocráticas. Contudo, quanto aos casos de penumbra, algumas decisões tocarão, invariavelmente, questões de moralidade política. É nesse sentido que Dworkin trabalha a ideia de *leitura moral* da Constituição¹⁹.

Para ele, quando a Constituição se vale de uma linguagem abstrata para institucionalizar a moralidade política, passa a exigir decisões valorativas, dado que conceitos abertos necessariamente exigirão valoração. Por isso, Dworkin advoga a tese de que os próprios constituintes, ao optarem por esse tipo de linguagem, outorgou aos juízes a incumbência de valorar, moralmente, a Constituição. Com isso, a leitura moral seria o método cabível para a interpretação constitucional, devendo os juízes, desses conceitos abertos, extrair as melhores concepções contemporâneas de justiça, a partir do entendimento de que “elas invocam princípios morais acerca da decência e da justiça”. (DWORKIN, 2007, p. 2).

¹⁹Sobre isso, Waldron (2013, p. 3), traz, *ipsis litteris*, um trecho da obra de Dworkin: “Most constemporally constitution declare individual rights ... in very broad and abstract language ... The moral reading proposes that we all – lawyers, judges, citizens – interpret and apply these abstract clause’s on the urdenstanding that they invoke moral principles about decency and justice ... The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law.”

Essa interpretação de uma constituição de princípios, exige, como já dito, justificação, devendo o juiz se abrir para o confronto dos argumentos de princípio, os quais devem se sustentar em público. Além desta, a leitura moral teria duas outras restrições para evitar que os juízes apliquem suas próprias convicções morais ao julgar: (i) o respeito à história e à integridade; (ii) e a exigência de que devem os juízes produzir decisões que se harmonizem à estrutura constitucional e às decisões constitucionais pretéritas. (MENDES, 2008, p. 46).

Para tanto, o intérprete deve observar duas dimensões: (i) em primeiro lugar, o teste de adequação ou *ajuste*, segundo o qual o juiz deverá encontrar a solução compatível com a tradição constitucional; (ii) e, em segundo lugar, o teste de justiça ou *substância*, que se traduz na premissa que prevê que se houver mais de uma leitura aprovada no primeiro teste ou se não houver nenhuma questão objetiva que permita o ajuste da decisão atual às pretéritas, o juiz deve optar pela que melhor corresponda aos direitos morais das pessoas e apresentar os fundamentos que indiquem porque essa fora a “melhor resposta possível”.

De toda forma, o intérprete deve observar a integridade, entendendo que sua tarefa é unitária, mas está inserida em um todo contínuo, isto é, um conjunto harmônico de regras e princípios que devem guardar coerência entre si, não só ponto de vista normativo, mas também interpretativo. Na verdade, como elucidada Mendes (2008, p. 47), a integridade ordena que o intérprete mantenha um elo de coerência com o passado, sem hesitar, porém, em fazer um novo julgamento moral quando justificada em virtude de uma melhor interpretação. Em outras palavras, como explica Guest (2010, p. 51-60), o juiz deve considerar que as decisões judiciais exercem força gravitacional, considerando os casos prévios para “determinar se, pela imparcialidade, ele teria ou não de decidir em conformidade com eles, na medida, em todo caso, em que essas decisões prévias exercessem ‘força’”.

Assim, falar de *ajuste e substância*, para Dworkin, é falar de interpretação. No caso do romance em cadeia, figura metafórica já trabalhada neste artigo, o desenvolvimento do próximo capítulo pelo romancista poderia se dar de inúmeras formas. Porém, o participante desse romance deve fazer um julgamento interpretativo, de modo a tornar o romance melhor como um todo, tanto ficando vinculado aos capítulos já escritos, o que representa o momento do *ajuste*, quanto incumbido de desenvolver o próximo capítulo da melhor maneira possível, o que já remete a um julgamento de *substância*.

Contudo, podem surgir momentos de tensão entre *ajuste e substância*, consistentes na dúvida entre a manutenção de uma racionalidade já existente ou a possibilidade de novos contornos, quando a mudança representar a melhor interpretação das práticas institucionais. Nesse momento, além dos casos com lacuna normativa, surgiriam os *hard cases*, isto é, os casos difíceis onde o Direito não se apresenta como objetivamente determinável. (GUEST, 2010, p. 61-63).

Neste momento, como resultado deste processo de tensão, poder-se-ia indagar sobre o alto grau de abstração que caracterizaria o processo de *substância*. Isso porque, quanto ao

ajuste, há um parâmetro objetivo para o intérprete, qual seja o vínculo às práticas jurídicas. Porém, quando existente somente a exigência subjetiva da moralidade – nos casos, v.g., em que a pretensão consistir na concretização de um direito individual não positivado –, não haveria, *a priori*, qualquer fundamento para que o argumento se mantenha nos padrões jurídicos. Assim, até se poderia questionar se haveria algo mais que fornecesse estabilidade ao argumento jurídico que propõe Ronald Dworkin.

Porém, para Stephen Guest (2010, p. 76), a resposta é simples: seja no *ajuste*, seja na dinâmica de *substância*, o intérprete deve decidir com base na integridade, que carrega consigo regras, princípios, julgados e, inclusive, exigências da moralidade. Este é o parâmetro objetivo. É, desta feita, o Estado tratando os indivíduos com igual consideração e respeito ao falar com uma só voz, em observância à integridade. E esta voz, por somente advir dos princípios, é reconhecida pela comunidade, porque composta de indivíduos que a ela se filiam moralmente, na medida em que conscientes de que seus direitos morais estariam sendo preservados, mesmo que uma decisão coletiva contrarie algum interesse próprio.

Essa estrutura, para o aludido autor, tanto impediria que os juízes decidissem conforme seu senso de justiça, quanto evitaria a distribuição desigual injustificável de direitos e obrigações entre os indivíduos. Ainda que sobre concepções morais distintas, só haverá uma decisão correta, que será aquela que observar a integridade, se for a melhor interpretação possível das práticas constitucionais.

2.5 O Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (Ado 26) e do Mandado de Injunção nº 4.733 (MI 4.733)

Feita a abordagem sobre o papel geral do intérprete, segundo o marco teórico reconstruído, passa a ser a decisão proferida pelo STF, no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4.733, o objeto do presente estudo. A razão, para tanto, é analisar se esta decisão se manteve dentro da racionalidade própria do direito, dado que tocou a moralidade política, o que pode ter feito com que também tenha incorporado argumentos de princípio e/ou política.

Pois bem, neste julgado, o Supremo Tribunal Federal formou maioria para reconhecer o estado de omissão inconstitucional do Congresso Nacional e firmar entendimento para que seja aplicado, com efeitos prospectivos, até que sobrevenha legislação específica, a Lei 7.716/89, a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. O fundamento fora o de que as condutas homofóbicas e transfóbicas, que envolvem aversão odiosa à identidade de gênero ou orientação sexual, traduzem expressões de racismo, compreendido em sua dimensão social, se ajustando aos preceitos primários daquela lei. Pois bem, como a Teoria da Integridade exige decisões que satisfaçam os critérios de transparência

e sinceridade para que possam ser públicas e compreensíveis por todos os atores, a análise do conteúdo da decisão é que dirá se foi correta a resposta dada pela Corte.

Como previamente esclarecido, o ativismo judicial, para os fins desse artigo, não significa outra conduta que não seja aquela que deva ser rechaçada pelos juízes, porque rompe com o papel institucional esperado pelos jurisdicionados. No entanto, isso não significa que os juízes serão sempre ativistas quando decidirem valendo de fontes extralegislativas, pois uma decisão pode ter argumentos morais sem que saia dos padrões jurídicos. Na verdade, com a proposta da Teoria da Integridade, é necessário que se compreenda, previamente, o local adequado para discussões que envolvam argumentos de princípio e de política, sem que o direito seja instrumentalizado para atender determinados fins morais subjetivos, por mais nobres que estes possam vir a ser.

Em outras palavras, há, antes da vontade do intérprete, o texto constitucional, devendo-se considerar que ele sempre tem algo a dizer, uma vez que o direito é o direito, não uma ideia submetida à consciência do sujeito. Assim, entre a decisão de simplesmente reproduzir o texto ou dar a ele novo sentido, porque mais conveniente aos olhos daquela que interpreta, há a tradição jurídica, a qual deverá ditar, para Dworkin, a interpretação construtiva.

No caso levado à Corte, em sede de controle de constitucionalidade, não haveria uma regra apta a regular a situação por meio da sistemática do tudo-ou-nada, legitimando a aplicação de uma norma ao caso concreto por intermédio da subsunção. Haveria, ao contrário, por não ser um caso no qual reste claramente averiguável o direito, apenas proposições de direito, genéricas, que pairariam em torno de proposições concretamente averiguáveis, como aduziu Guest (2010, p. 51-60) ao descrever o pensamento de Dworkin sobre os casos difíceis, devendo estas serem encontradas por meio de um complexo exercício interpretativo, dado que seria o direito composto pelo próprio direito mais essas proposições.

À vista disso, uma dessas proposições seria a incriminação determinada pelo artigo 5º, XLI, da Constituição Federal, que enuncia que a lei deverá punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Outra, dessas, é a disposição do art. 3º, IV, do mesmo texto normativo, que estabelece ser objeto fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BRASIL, 1988).

Ainda, também seria possível argumentar que, mesmo que inexistente uma regra jurídica, como sustentam Oliveira, Silva e Bahia (2019, *n.p.*), há uma decisão no passado apta a legitimar a pretensão arguida em juízo, vez que no julgamento do Habeas Corpus (HC) 82.424, o conceito de racismo foi interpretado como sendo qualquer diferença étnica, religiosa, de cor ou de *orientação sexual* que forem utilizadas para estabelecer distinções entre grupos, aparecendo um como privilegiado e outro como inferiorizado. Desse modo, se essa decisão exerce força gravitacional para o futuro, o intérprete poderia considerá-la, sem que a decisão que equiparasse as condutas homofóbicas ao racismo, para remediar uma omissão constitucional, fosse considerada ativista.

Também endossando essa linha de pensamento, poder-se-ia argumentar que há uma última proposição: a de que aqueles que integram grupos que sofrem ofensas em razão de escolhas sexuais ou identidade de gênero tenham um direito à proteção, por meio da criminalização de condutas ofensivas que lhes sejam dirigidas, vez que mais vulneráveis e suscetíveis à violência de qualquer tipo em função de determinada orientação sexual. Assim, a criminalização da homofobia estaria justificada por deter o homossexual o direito de não sofrer um tratamento diferenciado em função de suas escolhas sexuais, sendo este um direito moral que lhe pertence.

Entretanto, e por isso se trata este de um caso difícil, também existem outras proposições de direito que pairam sobre esta questão específica, as quais obstam a conclusão de que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal fora a correta. Essas proposições podem ser extraídas tanto dos padrões genéricos que justificam o papel institucional do Poder Judiciário, quanto da análise dos princípios e normas gerais do Direito Penal, que acabam, ao final, por também traduzirem preceitos constitucionais.

Passando a analisá-los, tem-se que o Código Penal Brasileiro traz, em seu art. 1º, o núcleo central da atividade persecutória estatal: o princípio da legalidade, também imbricado com o princípio da anterioridade, prelecionando não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Destarte, se admitido que o intérprete deva observar tal proposição, em matéria penal, conclui-se, então, que não poderia ter este estendido a interpretação conforme, vez que estaria acrescentando outra figura típica aos tipos penais da Lei nº 7.716/89, o que, segundo aquele princípio, seria vedado, posto ser somente a lei apta a trazer novas normas incriminadoras.

Além desta proposição, também é cabível a argumentação no sentido de que a atividade interpretativa de conferir uma ampliação no rol de sujeitos passivos configuraria, na verdade, uma espécie de analogia *in malam partem*, vedada em matéria penal, posto consagrar nova figura típica, levando em conta as prescrições normativas levadas a cabo para criminalizar outras condutas, o que levaria a conclusão de que, ao julgar assim, o juiz contrariaria outra proposição que pairaria em torno da questão *sub judice*.

Desse modo, considerando essas razões estruturantes da atividade punitiva estatal, não seria irrazoável concluir que os indivíduos possuem um direito de não serem punidos a menos que pratiquem um comportamento inserido no rol de condutas proibidas em razão de decisões políticas tomadas exclusivamente pelo Poder Legislativo.

Por fim, se desse modo decidisse o Supremo Tribunal Federal, mais uma premissa seria ofendida, qual seja a teoria da separação dos poderes, a qual, por dizer respeito à delimitação de competência de cada Poder, é um importante instrumento para contenção do arbítrio e do autoritarismo das instituições sociais. Assim, se considerada, poderia o intérprete concluir que, embora a Constituição esteja aberta à inclusão de novos sujeitos constitucionais, a profundidade e a complexidade da questão, justamente pela sua especificidade ao envolver matéria penal, faria com que esta só pudesse ser analisada pelas instâncias políticas, sob pena de se gerar

uma instabilidade institucional e insegurança jurídica. Isso evitaria uma eventual inversão na sistemática de produção de direito, evitando que seja substituído o Poder Legislativo, instância política legítima para discutir sobre a conveniência e a necessidade na adoção de determinadas políticas criminais, pelo Poder Judiciário.

Todavia, alguns autores questionam que estas práticas institucionalizadas não superam outras que pairam sobre a problemática maior, exercendo estas últimas mais peso do que as outras que nelas estariam englobadas. Nesse sentido, Oliveira *et al* (2019, *n.p.*) dispõem:

Não podemos nos esquecer que o direito não é apenas um sistema de regras, mas contém em si mesmo um caráter principiológico, exibindo suas próprias ambições na qual há um direito superior, no interior e para além do direito positivo, por meio do qual o direito positivo se desenvolve. Não é à toa que o direito exige integridade e coerência interpretativa. O HC 82.424 marca então, não apenas um precedente importante no campo da jurisdição constitucional, mas uma ruptura com o modelo de regras e a adoção de um modelo principiológico de interpretação na qual o Direito seja um sistema tal que garanta integridade por parte do legislador e do juiz, que devem atuar de forma interna ao Direito através do uso dos princípios como normas jurídicas. Daí que uma comunidade que aceita ser governada por princípios [...] e não apenas por regras dadas por “decisões políticas tomadas no passado” [...] exige que os juízes, na medida do possível, “tratam do nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, como esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”. (OLIVEIRA *et al*, 2019, *n.p.*).

Contudo, ainda que a leitura sobre o pensamento de Dworkin feita pelos aludidos autores esteja correta, suas premissas não levam a esta conclusão, pois, mesmo que se considere que a interpretação dada pelo STF fora uma das possíveis dentre as que poderiam ser extraídas das práticas institucionais, esta não fora a melhor do ponto de vista jurisdicional. Talvez, teria sido se fosse realizada pelo Poder Legislativo, porém, não é este o caso. Com efeito, é justamente por se compreender o sistema de normas públicas como um conjunto coerente de princípios, que a observância aos princípios estruturantes da dogmática penal parece exercer mais peso do que as interpretações feitas pelo Poder Judiciário no passado, que é o que se almeja ao afirmar que o conteúdo da decisão do HC 82.424 é apto a fundamentar uma extensão nas hipóteses de racismo para enquadrar a homofobia e a transfobia nestes tipos penais.

Ao contrário, em observância ao ideal de coerência e integridade do Direito, a interpretação do direito não poderia ser reduzida ao que já foi decidido pela instância judiciária, da mesma forma em que não se poderia alterar o papel institucional historicamente conferido ao Poder Judiciário, que não pode argumentar como instância política, para consagrar uma interpretação utilitarista, cuja legitimidade e monopólio dos argumentos pertencem ao Poder Legislativo, justamente por gozar este de legitimidade popular.

A função contramajoritária a qual alegam os autores, no caso, diria respeito à proteção de direitos morais individuais, que, sim, seriam trunfos contra o pensamento majoritário. Contudo, embora entenda Dworkin que a revisão judicial também é democrática, mesmo sendo

um procedimento que talvez possa contrariar a democracia estatística, isso não autoriza que o Poder Judiciário se coloque em papel de legislador, dado que, nesses casos, os direitos morais individuais já estão, em alguma medida, protegidos pelas normas incriminadoras já existentes, o que desautorizaria o intérprete a criar mais direitos e obrigações em sentido amplo, porque fugiria do papel que atribuiu o teórico a este procedimento para garantia dos direitos insensíveis.

Desconsiderando a legalidade penal, a qual, por si só, tem força normativa para impedir a criminalização da forma como institucionalizada, é bom salientar que a supremacia do Poder Legislativo é também um princípio de alta centralidade no desenho institucional pátrio, não podendo o tribunal ignorá-lo totalmente.

Caso, efetivamente, os comportamentos ofensivos fossem impunes, o caso levado ao Judiciário ganharia outros contornos. No entanto, não era o que ocorria. Os bens jurídicos mais fundamentais da comunidade LGBTQIA+ já gozavam de proteção jurídica, inclusive penal. A decisão não visou garantir direitos morais individuais, como fez o STF na ADI 4277 e na ADPF 132 ao reconhecer a união estável entre pares homoafetivos, mas, indiscutivelmente, apenas aumentar o espectro de repressão a ofensas de bens jurídicos, como se fosse a alternativa mais adequada para remediar a torpe discriminação por razões de escolha sexual e identidade de gênero. No entanto, embora a temática seja absolutamente relevante, a revisão judicial não era a instância adequada para discutir sobre a conveniência no implemento de políticas que ampliem o bem-estar coletivo, o que se acentua quando considerado que tais políticas versavam sobre a incriminação de condutas por intermédio de decisão judicial.

Nos termos em que põe Dworkin: os integrantes da comunidade LGBTQIA+ possuem um direito moral a serem tratados igualmente, sem discriminação? Sim, indiscutivelmente. O direito ao tratamento igualitário já era, de algum modo, garantido pelas convenções pretéritas? Sim. O Poder Judiciário poderia ampliar esse espectro de proteção? Sim, desde que para, exclusivamente, proteger direitos fundamentais, não incriminar condutas, reconhecendo-se a excepcionalidade da revisão judicial.

No entanto, não houve, no caso, reconhecimento de direito fundamental com o afastamento de uma norma coletiva produzida pelo processo majoritário. Ao contrário, houve a inserção de uma norma coletiva majoritária por meio de uma decisão política que deveria ter sido tomada no procedimento majoritário, violando princípios da mais alta centralidade do direito penal, o que, definitivamente, macula o pronunciamento judicial, pois, indisfarçavelmente, valeu-se de argumentos de política.

Portanto, todo esse conjunto de argumentos conduz à conclusão de que, ante as interpretações possíveis, o STF poderia ter reconhecido o estado de omissão constitucional e determinado a notificação o Poder Legislativo acerca da inércia, para sanar a situação, consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade, como aduzem Júnior e Silva (2018, p. 9), mas não ter estendido o conteúdo de uma lei para aplicá-la a uma situação não previamente consagrada pela mesma, em matéria penal, pois, como disse o Min. Marco Aurélio no próprio julgamento

conjunto, não há crime sem lei anterior que o defina, e quando a Constituição se refere à lei, é a lei no sentido formal, emanada do Congresso Nacional.

3 Considerações finais

O presente estudo teve, como problema central, a própria interpretação no Direito, objetivando traçar os limites para que esta se mantenha dentro dos padrões da racionalidade jurídica, mesmo quando o direito não se apresente como objetivamente determinável, sem que a decisão proferida pelo juiz seja ativista, já que entre a decisão de simplesmente reproduzir o texto ou dar a ele novo sentido, há a tradição jurídica, que deverá ditar, para Dworkin, a interpretação construtiva.

Com Herbert L.A. Hart, fora possível trabalhar o conceito de imprecisão da linguagem, o qual acaba por trazer à tona a zona de penumbra. Nesta, o Positivismo se contentaria com a criação judicial do direito, o que seria rechaçado por Dworkin, dado que, se assim admitido, não existiriam parâmetros para dizer se a resposta fora a correta, além de permitir que os juízes se mantenham desinteressados na tradição jurídica. Por isso, nesses casos, o autor aduz para a observância das proposições gerais que se extraem de um direito superior, donde o direito se desenvolve, contemplado pelos princípios e pelas práticas institucionais correntes no meio social, de modo que, com a Teoria da Integridade, eventual demanda judicializada pode se manter dentro do padrão da racionalidade jurídica, mesmo quando a pretensão não esteja positivada. Assim, deve o intérprete observar o sistema jurídico, respeitando-o como se este expressasse um conjunto coerente de princípios, de modo a permitir que sejam descobertas as normas implícitas, além das explícitas.

Presente, neste momento, a integridade, Dworkin também trabalha o conteúdo da decisão judicial, que só pode contar argumentos de princípios. Com isso, introduz a ideia de revisão judicial, na qual uma decisão, mesmo contramajoritária, pode ser democrática, se necessária para tratar o indivíduo com igual consideração e respeito. Para tanto, a fundamentação deve ser pública e compreensível por todos os atores, para permitir uma espécie de prestação de contas de natureza intelectual.

Desse modo, tomando a Teoria da Integridade como marco teórico, fora possível perceber que, mesmo tocando a moralidade política, por ser um caso difícil, a decisão do STF no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4.733 não extraiu a melhor das interpretações possíveis, levando em conta as dimensões de ajuste e substância, sendo, por assim dizer, ativista, porque romperia com a histórica função institucional conferida ao Poder Judiciário.

De toda forma, é o problema em tela muito mais complexo do que aparenta ser. A *superinterpretação*, caracterizada pela imposição da vontade do intérprete para atender os anseios de certos grupos, é um fenômeno que vem, pouco a pouco, marcando a realidade jurídica brasileira. Todavia, entre o intérprete e o legislador, há o sistema jurídico; e este não pode ser

desconsiderado, o que exige uma maior discussão sobre fontes e teoria do direito, havendo uma complexa exigência argumentativa e interpretativa na busca da resposta correta para que o direito cumpra com sua função de regulamentar a vida em sociedade, estabelecendo padrões gerais moralmente aceitáveis.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- CÂMARA, Bernardo. **A Instrumentalidade Técnica do Processo**. 2014. Disponível em: <http://webdav.sistemas.pucminas.br:8080/webdav/sistemas/sga/20142/804834_Instrumentalidade%20Tecna%20do%20Processo.pdf> Acesso em: 15 dez. 2018.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da; SILVA, Gabriela Costa. Efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do Poder Público. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 19, n. 8, p. 395 – 418, Jan./Abr. 2018.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.
- DWORKIN, Ronald. “**Equality, Democracy, and Constitution: we the people in court**” in *Alberta Law Review*, Vol. 28, N. 2, 1990.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, nº 4, 2011.

GONÇALVES, Alex Silva; QUIRINO, Regio Hermilton Ribeiro. A Norma Hipotética Fundamental de Hans Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Herbert Hart: semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do Sistema Jurídico. **Sequência (Florianópolis)**, n. 78, p. 91-118, abr. 2018.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. – 14. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. Tese de Doutorado – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Ferreira Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MORBACH, Gilberto. **O positivismo que ainda não o era: coordenação, autoridade, democracia**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-29/diario-classe-positivismo-nao-coordenacao-autoridade-democracia>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira. Discricionariedade: Juízo de Empate. **Sequência (Florianópolis)**, n.79, p. 45-62, ago. 2018.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Sobre a criminalização da homofobia e transfobia: uma crítica da crítica**. 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/39600015/Sobre_a_criminaliza%C3%A7%C3%A3o_da_homofobia_e_transfobia_uma_cr%C3%ADtica_da_cr%C3%ADtica>. Acesso em: 13 jul. 2019.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, São Paulo, p. 037-058, Jan/Jun. 2012.

TRINDADE, André Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 11(3): 447-460, setembro-dezembro, 2019.

WALDRON, Jeremy. **Jurisprudence for Hedgehogs**. Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper nº 13-45. 2013.