



Volume 30

2023

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitor: Sérgio Tibiriçá Amaral
Pró-Reitor Acadêmico: Igor de Toledo Pennacchi Cardoso Machado
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral
Coordenadora Financeira: Maria Eduarda de Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade semestral

EDITORES

Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

COMISSÃO EDITORIAL

André Simões Chacon Bruno (USP)
Alessandra Cristina Furlan (UEL)
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Daniela Braga Paiano (UEL)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)
Vladimir Brega Filho (UENP)
Ana Carolina Greco Paes (PUC-PR)

EQUIPE TÉCNICA

Delaine de Oliveira (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe.coordenador@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 30 – 2023

Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2023. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

SUMÁRIO/CONTENTS

- LA TRANSFORMACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN. A LA LUZ DE LA TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INTERDISCIPLINARIEDAD.....06**
MARINQUE, Jorge Isaac Torres
- ASPECTOS PENAIS DO CANCELAMENTO VIRTUAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....28**
TEIXEIRA, Geovanny Cavalcanti
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima
- O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....44**
ASSIS, Éder Pereira de
ALMEIDA, Patrícia Silva de
PISSOLATO, Solange Teresinha Carvalho
- O CONCEITO E OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICAS SOB A ÓTICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....69**
SILVESTRIN, Álvaro Graça
BREGA FILHO, Vladimir
- A POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AOS INFLUENCIADORES DIGITAIS: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA TUTELA CONSUMERISTA.....94**
MARANGONI, Lara Wehbe
DESTRO, Carla Roberta Ferreira Destro
- BORDADO NO TEMPO: A METAMORFOSE DO ESTUPRO NO BRASIL.....116**
ARAÚJO, Manoel Matias Medeiros de
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima
- DESAFIOS DO DIREITO ANTITRUSTE EM FACE DO AVANÇO TECNOLÓGICO DOS MERCADOS DIGITAIS.....135**
BORGES, Bruna Fernanda Sales
HARO, Guilherme Prado Bohac de
- CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL TRIBUTÁRIO.....156**
ANSELMO, José Roberto
MOTA, Ademar Ferreira
- ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓPTICA DA NOÇÃO DE DIREITO COMO INTEGRIDADE EM RONALD DWORKIN.....183**

OLIVEIRA, Stella Mendes de
LEITE, Leonardo Delatorre
MORAES, Gerson Leite de

**O PAPEL DA AUTOCOMPOSIÇÃO NA EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS
PROCESSUAIS: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA COMARCA DE JARDIM DE
PIRANHAS-R.....206**

SILVA, Heverton Olimpio
MAIA, Augusto de França

**O EQUILÍBRIO IMPLACÁVEL E A JUSTIÇA POÉTICA EM O SOL É PARA TODOS:
ASPECTOS DA INJUSTIÇA, DA RETRIBUIÇÃO PELA VINGANÇA E O
REEQUILÍBRIO DAS ASSIMETRIAS PELO IMPONDERÁVEL.....231**

GUILHERME, Thiago de Mello Azevedo

**O RESGATE DA FILOSOFIA DO DIREITO PARA A CORREÇÃO DA APLICAÇÃO
JURÍDICA LÍQUIDA.....260**

SALATI, Marcos

**A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS E A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA
CONTEMPORÂNEA.....288**

MOLINA, Glauce Manuela
FERNANDES, Josiane Marcia

**(RE)ESTRUTURANDO A CULTURA DA BARGANHA: UMA CONEXÃO ENTRE A
JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PROCESSO ESTRUTURAL.....305**

OICHI, Camila Mayumi

NOTA AO LEITOR

A 30ª Edição da Revista Intertemas mais uma vez se propõe a apresentar temáticas de relevância jurídica nacional e internacional.

Convidamos cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, levando ao conhecimento de todos o melhor da nossa pesquisa científica.

Publicamos também o trabalho premiado na 19ª edição do ETIC – Encontro Toledo de Iniciação Científica, com a temática “Desafios do Direito Antitruste em Face do Avanço Tecnológico dos Mercados Digitais”, de autoria da discente Bruna Fernanda Sales Borges, sob a orientação do Dr. Guilherme Prado Bohac de Haro.

Desejamos uma ótima leitura.

Cordialmente,

Carla Roberta Ferreira Destro
Editora da Revista Intertemas

ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓPTICA DA NOÇÃO DE DIREITO COMO INTEGRIDADE EM RONALD DWORKIN

JUDICIAL ACTIVISM FROM THE PERSPECTIVE OF THE NOTION OF LAW AS INTEGRITY IN RONALD DWORKIN

OLIVEIRA, Stella Mendes de¹
LEITE, Leonardo Delatorre²
MORAES, Gerson Leite de³

RESUMO: O presente artigo tende a se referir sobre o fenômeno jurídico do ativismo judicial que está ocorrendo frequentemente nas cortes contemporâneas. A abordagem sobre a narrativa deste fenômeno é relativizada pelo que se entende ser a atuação do julgador responsável na decisão de um litígio. Desta forma, o autor Ronald Dworkin debateu e verificou as diversas nuances que o ativismo judicial poderia causar ao ecossistema cultural jurídico e ao Direito em si. A discricionariedade do juiz se trata de uma temática relevante e pertinente para esta pesquisa, visto que estará no modo de interpretação do juiz, interpretação esta que formará o resultado decisivo. Assim, pode-se afirmar que este trabalho possui como objetivo nuclear analisar a postura do grande pensador contemporâneo no sentido da existência do ativismo judicial com o que realmente se compreende a significar este fenômeno.

PALAVRAS-CHAVE: Ronald Dworkin. Ativismo judicial. Discricionariedade.

ABSTRACT: This article tends to refer to the legal phenomenon of judicial activism that is frequently occurring in contemporary courts. The approach to the narrative of this phenomenon is relativized by what is understood to be the performance of the responsible judge in the decision of a dispute. In this way, the author Ronald Dworkin discussed and verified the various nuances that judicial activism could cause to the legal cultural ecosystem and to the Law itself. The judge's discretion is important for this research, since it will be in the judge's interpretation mode that will form the decisive result. Thus, it can be stated that the main objective of this work is to analyz

¹ Mestranda em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduada em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Vice-Líder do Grupo de Eventos do Programa de Pós-Graduação Scritto Sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada e Consultora Jurídico.

² Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduando em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Bolsista PIBIC-CNPq (2018-2022). Licenciado em História e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

³ Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP (PUCCAMP – 2003), doutor em Ciências da Religião pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUCSP – 2008) e doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas/SP (IFCH/UNICAMP – 2014). Licenciado em História (1996). Bacharel em Teologia pelo Seminário Presbiteriano do Sul (1999), graduado em Teologia pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP (2006), bacharel em Filosofia pela FFLCH.

the position of the great contemporary thinker in the sense of the existence of judicial activism with what this phenomenon really is understood to mean.

KEYWORDS: Ronald Dworkin. Judicial activism. Judge's discretion.

1 INTRODUÇÃO

A existência de um texto normativo já é o suficiente para trazer questionamentos interpretativos no momento de aplicação dos dispositivos. Em vista que existiram gritantes diferenças no ecossistema da época em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, a política se inseriu de modo convicto nos processos judiciais levando o papel do judiciário, por vezes, tangenciarem à política em suas decisões. Este fenômeno vem se tornando cada vez mais presente nos debates brasileiros, o que acaba por gerar também grande visibilidade e pressão sobre as decisões judiciais.

A presença do princípio de separação dos poderes⁴ ressalta e frisa a impossibilidade da tomada de funções de um poder por parte do outro, entretanto, a ocorrência contemporânea do ativismo judicial, numa primeira análise, parece estar arruinando este primeiro pensamento já tão consagrado e consolidado. As cortes acabam por se tornarem protagonistas de matérias políticas-sociais de âmbito nacional, e assim, gera-se um avanço do judiciário sobre o espaço do Legislativo e Executivo⁵.

Logo, o olhar midiático sobre as decisões torna tudo mais patente, evidente e invasivo. Há também o fator de evolução das sociedades somado às controvérsias e problemáticas concernentes ao que se entende propriamente por decisão, seu alcance, elementos constitutivos, sua abrangência axiológica, isto quando mencionado seus elementos jurídicos. Interessante destacar também que existem

⁴ O princípio da separação dos poderes, cujas origens remetem mais propriamente ao pensamento de Montesquieu, pode ser compreendido, na realidade, enquanto uma “vigilância mútua entre os poderes”. No entanto, é possível encontrar aspectos do princípio supracitado nas obras de John Locke e James Harrington. De qualquer modo, o ideal de vigilância mútua entre os poderes representa um aspecto constitutivo do republicanismo, que sempre frisou a imprescindibilidade da não concentração da autoridade pública, constatando, por conseguinte, a necessidade dispersão do poder político como condição para uma formatação institucional em prol da liberdade pública.

⁵ Cabe destacar que a eventual “crise da representatividade” e as omissões legislativas também fomentam o ativismo judicial. “Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral” (BARROSO,2009, p. 16).

transformações próprias no mundo jurídico, e isto se inclina compreendido quando, principalmente, se atrela ao Direito em si como forma de expressão de uma sociedade. Trata-se aqui do destaque para o enraizamento social⁶ do Direito, enquanto uma estrutura social complexa e dinâmica, dotada de caráter regulatório.

Quando se menciona sobre o fenômeno do ativismo judicial é compreensível vir à mente, num primeiro momento, um conjunto de decisões altamente discricionárias e expressamente subjetivas, uma vez que a própria pressão sensacionalista da mídia transmite isto. Ademais, a opinião pública também estabelece uma análise pejorativa em torno do fenômeno supracitado. Outra ideia que adere críticas no termo “ativismo judicial” é a revolução social ou interpretativa ocasionado por uma decisão, como se esta não tivesse sido definida com respaldo na lei ou Norma Suprema, estando apenas ali para entregar pensamentos subjetivos.

A afirmação segundo a qual a obra de Dworkin carregava consigo uma apologia categórica e expressa aos valores do ativismo judicial é passível de questionamento. Alguns autores e comentaristas compreendiam que o mencionado autor fora um grande simpatizante da ação de uma “invasão” do judiciário sobre as competências de outros poderes estabelecidos, ou seja, praticamente de uma agressão à engenharia institucional democrática.

Ao contrário do que argumentam os defensores da autocontenção judicial, Dworkin não propõe uma invasão injustificada e antidemocrática do Poder Judiciário nos demais Poderes, mas uma nova forma de pensar a democracia. A teoria do direito como integridade é uma visão moralizante da atividade jurisdicional pela qual é possível compreender e explicar melhor o direito, sobretudo nos casos difíceis. Portanto, apesar de propor uma atuação do poder judiciário centrada em preocupações morais e não subserviente aos demais poderes, Dworkin não deve ser considerado um defensor do ativismo judicial (Medrado; Noya, 2016, p. 93).

Não obstante, compreende-se que a produção teórica de Dworkin carrega consigo uma duplicidade no debate sobre esta ocorrência, caracterizando-a enquanto necessária para a continuidade da orquestra da democracia, mas também, nunca acreditou que esta deveria ser absoluta e indiscutível. Num certo sentido, é certo que o pensador em questão almeja delimitar uma teoria da jurisdição constitucional de modo a associá-la à efetivação dos direitos individuais. Por outro lado, ele demonstra

⁶ Acerca do enraizamento social do Direito, é premente frisar a concepção de regra de reconhecimento em Herbert Hart. A regra de reconhecimento seria um fato social, nitidamente empírico, mas serviria como paradigma de identificação e qualificação de uma regra como jurídica.

um esforço claro em reduzir os riscos advindos da atuação concretista dos juízes. Certamente, conforme já apresentado, a teoria construtivista do autor supracitado expressa um notável destaque a uma atuação concretista do juiz em vista da efetivação dos valores constitucionais. Ademais, era de se esperar que este jurista realizasse certa contemplação sobre o tema, uma vez que o ativismo no mundo jurídico – em destaque aos juízes e tribunais constitucionais – é um fenômeno característico da democracia atual e do próprio “neoconstitucionalismo”⁷.

Adiante, é por meio da compreensão de Dworkin que surgiu a ideia de “direito como integridade”, sobretudo, nas tomadas de decisões dos julgadores. Há, então, uma fusão entre o desenvolvimento de culturas sociais, ideal muito associado à moral, e o limite da discricionariedade interpretativa do juiz⁸; sendo viável afirmar que todo o trabalho se encontra disposto e ornamentado em conjunto, sobretudo, para que as ponderações sejam realizadas mediante uma correspondência pertinente com os princípios constitucionais. Em última instância, para o autor supracitado, cabe ao juiz atuar em conformidade com um conjunto coerente de princípios vinculados ao ideal político da comunidade na qual ele próprio se encontra.

Assim, o diálogo reflexivo a ser trabalhado neste artigo consta sobre a função designada ao Poder Judiciário e o formato de elaboração do quesito interpretativo de

⁷ A expansão da jurisdição constitucional é um dos traços do neoconstitucionalismo. É premente frisar que a expressão “neoconstitucionalismo” foi estabelecida inicialmente em 1993 pela jurista italiana Suzanna Pozzolo. No entanto, enquanto fenômeno, o neoconstitucionalismo remonta aos períodos posteriores à Segunda Guerra Mundial e reside, mais propriamente, num modelo de compreensão e interpretação do direito, especialmente, com a superação das correntes jusnaturalistas e positivistas. Em termos gerais, é possível estabelecer como traços essenciais deste fenômeno os seguintes aspectos: a importância atribuída aos princípios e valores como partes constitutivas do ordenamento jurídico; a ponderação ao invés de subsunção; a defesa de uma conexão entre Direito e Moral; a ênfase a uma justiça particular ao invés de uma justiça geral; a eminência do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Legislativo ou Executivo, sobretudo, com a crescente judicialização da política e das demandas sociais e, por fim, o grande peso atribuído à efetivação dos direitos fundamentais. É comum a menção de algumas características inerentes ao neoconstitucionalismo, tais como: democracia como fonte pós-metafísica de legitimação da ordem jurídica; a constitucionalização do direito; a legitimação do ativismo judicial; o entendimento de que os princípios figuram como normas jurídicas e o destaque para a força normativa da Constituição. Luís Roberto Barroso constata a existência de três marcos fundamentais do neoconstitucionalismo. O marco teórico seria a já mencionada força normativa da Constituição. O marco filosófico seria o pós-positivismo. Por sua vez, o marco histórico reside no constitucionalismo pós-guerra. Cf. BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Ademais, Cf. MAIA, Mário Sérgio Falcão. A recepção da teoria neoconstitucional pelo supremo tribunal federal brasileiro. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 151-163, outubro/2009.

⁸ Hart constata que a carência interpretacional das regras jurídicas encontra suas raízes na própria estrutura aberta das linguagens naturais. Quando o direito não usufrui de suficiência para a especificação e determinação exata de um estado de coisas, isto é, quando não é passível de verificação, no bojo do ordenamento jurídico, a presença de uma regra estabelecida para a solução, o juiz está encarregado de julgar conforme o seu arbítrio. Eis a conclusão decisionista de Herbert Hart.

uma decisão judicial, dando espaço para a compreensão das fronteiras da discricionariedade do juiz no ato de decidir sobre certo litígio. Em conjunto, tende este trabalho em analisar a postura do grande pensador contemporâneo no sentido da existência do ativismo judicial, da expansão da jurisdição constitucional.

2 NOÇÃO SOBRE ATIVISMO JUDICIAL

O trabalho no sistema judiciário foi se modificando com o passar do tempo. Há uma larga diferença de atitudes do judiciário quando estabelecemos uma análise comparativa entre o passado e o contemporâneo. Não havia tanta visibilidade e interesse popular como se tem na atualidade⁹, apenas existia o que é possível qualificar como revisão e apontamentos sobre dispositivos.

Por muitas vezes, o sentido sobre ativismo judicial é constatado de modo crítico, compreendendo que as decisões conferidas iriam para além de suas funções previamente estabelecidas pelo princípio de separação de poderes. Afinal, a visibilidade do ativismo judicial recairia sobre grandes questões de interesse popular e de matéria constitucional, referentes a um bloco de temáticas concernentes a qualquer cidadão.

A ocorrência deste fenômeno também está atrelada às causas coletivas propostas pelos Ministérios Públicos em favor da proteção e exercício dos direitos sociais. Ademais, não são raras as vezes em que é indispensável a escrita de uma sentença para o estabelecimento de política públicas, fato este que acaba atribuindo ao executivo o cumprimento de suas ordens judiciais.

O controle do ativismo judicial se estende até onde se compreende como função típica executada pelos juízes, sendo isto, uma atitude nitidamente de caráter político. Cabe destacar que este fenômeno usufrui de uma significação distinta no Brasil em relação ao que se é compreendido intencionalmente, uma vez que, no âmbito nacional, há uma discussão sobre a baixa efetividades dos direitos sociais em contraponto aos gastos governamentais, ao passo que, no exterior, a não previsão de direitos sociais na Norma Suprema acaba por não vincular necessariamente um

⁹ Quando estabelecemos uma comparação entre “o passado e o futuro” da atuação do judiciário, o critério utilizado consiste na paradigmática inflexão neoconstitucionalista, bem como na referência da democracia como parâmetro de validade e legitimidade do ordenamento jurídico. A democracia como fonte pós-metafísica de legitimidade do Direito remete às transformações ocorridas no campo jurídico após os eventos da Segunda Guerra. Cf. PALMER, Robert Roswell. Notes on the Use of the Word “Democracy” 1789-1799. *Political Science Quarterly*, v. 68, n. 2, p. 203-226, 1953.

movimento judicial em prol de efetivação de um “mínimo existencial” (APPIO, 2018, p. 41).

Portanto, é necessário o destaque para a diferenciação entre o ponto de vista sobre os direitos sociais no exterior – mais precisamente os Estados Unidos – com o do Brasil, uma vez que este fenômeno, em caráter nacional, busca a “concretização judicial de direitos sociais frente à alegação de escassez de recursos financeiros ou, até mesmo, do respeito à discricionariedade política dos chamados ramos eleitos pela população” (Appio, 2018, p. 43).

Em diversos pontos apontados por Ronald Dworkin existem críticas sobre a lacuna deixada pelo Positivismo Jurídico¹⁰, que seria o poder discricionário do julgador. Além disso, entende Travessoni que o “pós-positivismo, se é que ele existe, pode ser provisoriamente definido como uma tendência geral do pensamento atual, que procura resolver o incômodo legado deixado pelo Positivismo Jurídico: o poder discricionário” (Travessoni Gomes, 2011, p. 322). Sendo assim, a teoria construtivista de Dworkin¹¹ carregaria, em seu bojo, uma empreitada de oferecer propostas e soluções para eventuais falhas e debilidades verificadas no positivismo¹². Sob essa perspectiva, afirma Habermas (2003, p. 252):

[...] 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.

De qualquer modo, é nítida a relação entre o ativismo judicial e a tese da discricionariedade judicial, enraizada no bojo das teorias positivistas.

¹⁰ “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” (MONICA, 2007, p. 83).

¹¹ A teoria construtivista-interpretativista de Ronald Dworkin é, ao mesmo tempo, normativa e descritiva.

¹² Na realidade, um dos maiores esforços de Dworkin residia, principalmente, na apresentação de propostas de soluções para eventuais contingências, falhas e lacunas verificadas nas grandes teorias do direito que se colocavam como empreitadas teóricas pertinentes para a resolução da problemática concernente à racionalidade da operação jurisdicional na era pós-jusnaturalista. Assim, o pensador supramencionado aponta as debilidades nas principais teorias acima destacadas, quais sejam: realista, positivista e hermenêutica.

Na teoria do direito, o ativismo judicial se relaciona com o poder discricionário do juiz. Quanto maior o poder discricionário do juiz, maior a possibilidade de ativismo judicial. A questão dos limites do poder jurisdicional é o cerne da crítica ao positivismo jurídico de autores como Hans Kelsen e Herbert Hart. Como afirmavam os seus críticos, os positivistas haviam percebido que a Ciência do Direito não poderia estabelecer critérios para preterir uma dada interpretação em face das outras possíveis no mesmo caso. Segundo Kelsen, por exemplo, apesar de o cientista do direito e, de resto, todas as pessoas, poderem interpretar as normas jurídicas tal como lhe pareçam corretas para serem aplicadas ao caso, a decisão do juiz é a única que vale de fato como direito: é o juiz o intérprete autêntico das normas (Medrado; Noya, 2016, p. 97).

Nos acontecimentos internacionais é evidente a discussão sobre o “ativismo judicial” passando por momentos de ações ofensivas de presidentes dos Estados Unidos da América:

Assim, Richard Nixon, Ronald Reagan e George Bush prometeram em suas respectivas campanhas presidenciais acabar com a postura “ativista” da Suprema Corte, que, na visão deles, usurpava a vontade popular. Notadamente após a Segunda Guerra Mundial, o mundo ocidental assistiu a uma nova fase do direito constitucional, que assumiu progressivamente posição de destaque nos ordenamentos jurídicos, tornando a polêmica sobre o ativismo judicial ainda mais relevante (Medrado, Noya, 2016, p. 96).

Adiante, é premente apontar que o significado da expressão “ativismo judicial” também traz dúvidas e divergências de sentido. Nesse sentido, trata-se de um termo eminentemente polissêmico e plurissemântico, como apresentado a seguir:

O termo “ativismo judicial” tem denotações um tanto distintas, por exemplo: interpretação criativa da Constituição e das leis; extração de princípios não expressamente contidos na Constituição; julgamento em função dos resultados; legiferação pelo Judiciário; e falta de deferência aos demais Poderes. Ademais, o termo pode ter também significados bastantes, referindo-se, por exemplo, à usurpação, pelo Poder Judiciário, dos poderes políticos democraticamente eleitos, ou à imposição, pelos juizes, de suas próprias convicções morais e políticas à sociedade. Há também, embora mais raro, sua utilização em sentido positivo, de algo que deva ser buscado, pois que necessário ao aprimoramento das democracias e respeito às liberdades individuais (Medrado, Noya, 2016, p. 97).

Assim, a alta fluidez do fenômeno traz uma certa incerteza acerca das condições de possibilidade de sua verificação. Entende-se que o ativismo judicial apenas existiria por conta do poder de discricionariedade do julgador, uma vez que é dentro desta própria dimensão discricionária que o juiz pode decidir sobre matérias do direito marcadas por lacunas no âmbito positivista, isto é, do direito posto.

Em matéria de decisão é justamente nela que está presente a atuação do poder discricionário, visto que o ato do julgador traz, de modo sensível, valores que

estão presentes em sua dimensão íntima, e, assim, Dworkin tenta encontrar meios para compreender se certa decisão seria justa ou injusta, bem como se propõe a estabelecer critérios para especificar a medida do quanto a interpretação do juiz é decisiva e influente para a resolução concreta do litígio. O pensador supracitado constata a imprescindibilidade de decisões consistentes e pertinentes associadas a um conjunto de regras. Em suma, as soluções para os litígios devem ser encontradas no próprio ordenamento jurídico e não em determinantes extrajurídicos. Em oposição ao positivismo, Dworkin reitera a necessidade de decisões “corretas” e “legítimas”, ou melhor, de decisões cujo conteúdo usufrui de uma validade sustentada por princípios, de tal modo que a discricionariedade do juiz seja mitigada, uma vez que o julgador não seria responsável pela criação de uma norma específica para o caso concreto, mas estabeleceria uma decisão ancorada e fundamentada em regras e princípios previamente instituídos.

É premente discutir também acerca de um dos fatores que é decisivo na ocorrência do ativismo jurídico. A judicialização, uma tendência claramente presente no Brasil, demonstra 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 – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral”, como bem aponta Barroso (Barroso, 2009 p. 23).

Em vista disto, muitos debates eminentes para a comunidade atual acabam estagnados nas cortes para uma arguição dos juízes, estando sob argumentação e interpretação do ato decisório. Com a volta do estabelecimento da democracia em 1988 parece que o Poder Judiciário ganhou uma nova função, a de impor o cumprimento dos dispositivos em geral e ,principalmente, constitucionais, não se limitando apenas às pessoas naturais presentes no país, mas alcançando também os poderes Executivo e Legislativo. Portanto, este símbolo de balança, equilíbrio e justiça ganhou também vida política, que se manifesta explicitamente quando argumenta sobre matérias socialmente relevantes.

Destarte, o grande número de direitos constitucionais torna exponencialmente numeroso e extenso o bloco das possibilidades de preposição de pretensões jurídicas. O poder judiciário com a sua incumbência de ser um guardião de valores constitucionais ocasiona um terreno propício para o ativismo judicial: “A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário

na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (Barroso, 2009 p. 25).

Ademais, o atual Ministro Luís Roberto Barroso, em seu artigo sobre a temática do fenômeno jurídico aqui referido, ajuda a destacar claramente as diversas atitudes em que um juiz realizará participação com mais afinco no amparo dos valores historicamente constitucionais:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso, 2009 p. 26).

Em consequência, o juiz estará, ao realizar de certo modo o ativismo judicial, extraindo o máximo que conseguir da essência constitucional dos valores morais e evolutivos de uma certa sociedade. Logo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal admite que esta ocorrência transmite argumentação justa sobre temas legais nebulosos, mas em seguida exterioriza o bloqueio do poder legislativo em conseguir pleitear certos temas:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica (Barroso, 2009 p. 27).

Porém, mesmo que exista um lado otimista sobre a realização de ativismo judicial, e que esta atuação esteja crescendo nas atuais democracias como fonte de debates político-sociais e aquisição de direitos, há repreensões em quais seriam os momentos adequados para utilizá-lo. O mencionado jurista expõe também a ocasionalidade em que atos pro-ativistas devam ocorrer, aplicando-se sempre em “momentos históricos determinados”, isto com o propósito de não banalizar as funções do direito (Barroso, 2009 p. 27). Em lado oposto à visão otimista desta ocorrência, Koerner demonstra que a política e o direito não devem se misturar. Caso essa mistura se concretize, haverá um comprometimento da Constituição, da democracia e do princípio de separação de poderes:

Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos (Koerner, 2013, p. 8).

Em suma, a existência de ativismo judicial é de surgimento contemporâneo, tendo em vista a fluidez de funções adquiridas pelo Poder Judiciário em decorrência da interpretação valorativa dos princípios constitucionais. No entanto, embora haja importância positiva neste acontecimento, o filósofo e jurista Ronald Dworkin parece serpentear neste ideal maniqueísta, como será apreciado a seguir.

1 DWORKIN E O “DIREITO COMO INTEGRIDADE”

É possível fazer um paralelo entre o ativismo judicial e o ponto de vista de Ronald Dworkin. Primeiramente, pode-se abordar o conceito de “direito como integridade”, cunhado em sua produção teórica e que estabelece critérios de aceitabilidade racional de decisões judiciais, mitigando a possibilidade e a extensão da utilização da discricionariedade na atuação dos juízes. Esta discricionariedade mitigada estaria vinculada a parâmetros tangíveis que baseariam suas decisões, como precedentes jurisprudenciais (ilustrando a influência do sistema da *common law* no modelo do autor) e a própria tradição legislativa, o que formaria uma ordem e lógica de princípios galgados ao longo do tempo. Mesmo que os magistrados se deparassem com casos difíceis e específicos no exercício da atividade jurisdicional, segundo Dworkin, não estariam autorizados a invadir a atribuição do Poder Legislativo criando assim direitos ou até ampliar o alcance de direitos já estabelecidos na Constituição.

A defesa da liberação da interrupção da gravidez, amparado pelo direito da liberdade e autonomia, realizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da década de 70 ilustra o apontado por Dworkin e vai em linha com suas ideias, uma vez que a decisão não seria uma guinada injustificada à defesa de um direito pertinente a um grupo político ou social definido, mas sim, uma decisão coerente a linha da jurisprudência da Suprema Corte (Appio, 2018, p. 44).

Assim, fica claro o compromisso da concepção de “direito como integridade” com determinados padrões históricos de moralidade¹³, se afastado de uma

¹³ “Sob os argumentos de princípio político se legitima a jurisdição, afirmando os direitos revestidos de conteúdo moral que os indivíduos têm, ao mesmo tempo afastando qualquer cálculo de racionalidade utilitarista que não leve em conta a igual consideração e respeito. Assim, encontramos o papel da

“autonomia despótica” dos juízes do exercício de sua atribuição que lhe permita criar o direito ou direitos conforme seu desejo. Antes de especificar com maior profundidade o ideal interpretativo de integridade do ordenamento jurídico, cabe mencionar que Dworkin discorda das teses positivistas, sobretudo, da equiparação que elas estabelecem entre normas jurídicas e regras jurídicas. O Direito seria uma entidade real vinculada a uma dimensão axiológica. Tal equiparação ignora a função que os princípios desempenham na racionalidade¹⁴ e na justificação das decisões judiciais. Em vista disso, pode-se dizer que Dworkin não adota uma abordagem meramente descritiva do Direito.

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 interpretativa-reconstrutiva do juiz” (Sarmiento, 2014, p. 7).

Diante dos fatos supracitados, constata-se que Dworkin combate uma visão pragmática e engessada do direito, estabelecendo, desse modo, um contraponto ao convencionalismo defendido por Kelsen e Hart¹⁵, uma vez que é papel e

moralidade política: se consubstanciar de maneira efetiva à prática jurisdicional fornecendo o material necessário à justificação proposta na hipótese estética e no direito enquanto integridade” (SILVA; FERREIRA, 2007, p. 6141).

¹⁴ É imperioso ressaltar que a teoria do direito de Dworkin se propõe a destacar a importância de critérios de aferição para a consistência das decisões judiciais.

¹⁵ O pensamento de Herbert Hart pode ser qualificado enquanto um positivismo inclusivista e institucionalista, que concebe o direito como um fenômeno cultural modelado pela linguagem, bem como na qualidade de uma estrutura social complexa, dotada de um caráter regulatório. Para Hart, a teoria do Direito consistia numa ramificação da Filosofia do Direito. Enquanto um jus positivista analítico, o autor parte da tese da separabilidade entre Direito e Moral e, por conseguinte, constata que a validade do Direito não se encontra numa dimensão axiológica. Não é da justaposição do direito e da moralidade que decorre a legitimidade jurídica. Ademais, é importante frisar que Hart rejeitava a visão imperativista de John Austin, o qual afirmava que as regras representavam meramente imperativos de comando. Na realidade, o pensador positivista em análise parte de um entendimento interpretativo e de uma descrição comportamental externa das regras sociais, ressaltando o enraizamento social do Direito (tese das fontes sociais do direito), especialmente, na assertiva segundo a qual a regra de reconhecimento constitui, em seu íntimo, um fato empírico social. É nesse sentido que Neil MacCormick caracteriza a teoria geral e descritiva de Hart enquanto uma “abordagem hermenêutica”, que leva em consideração o ponto de vista interno do participante do sistema. É imprescindível compreender o sentido da relação da regra com o destinatário, ou seja, o ponto de vista interno daqueles que tomam as regras como premissas de suas condutas. Ora, em vista disso, o ponto de vista interno seria o modo pelo qual tomamos a norma jurídica como válida e legítima. A própria regra de reconhecimento, enquanto fundamento de validade, não é ela mesma enunciada teoricamente, visto que se trata de um fato social. “A regra de reconhecimento estabelece um critério ou critérios segundo

responsabilidade do Poder Judiciário a verificação da correspondência de princípios constitucionais implícitos e explícitos nas leis produzidas pelo poder legislativo, as quais, eventualmente, podem ofender o padrão de moralidade coletiva. Deste modo, conforme análise de Dworkin (2003, p. 181), “em um regime convencionalista, os juízes não se considerariam livres para alterar regras adotadas conforme as convenções jurídicas correntes, exatamente porque, após o exame de todos os aspectos da questão, uma regra diferente seria mais justa ou eficiente”.

A dignificação da atuação ativista do juiz, em interpretação a obra de Dworkin, se dá apenas se tratando de hipóteses em que uma maioria legisla em causa própria com o objetivo de minar direitos fundamentais de um grupo determinado de indivíduos por características que fogem de sua autonomia (tal qual raça e gênero), na situação específica que a declaração de inconstitucionalidade da lei (atribuição usual das Supremas Cortes) não sanaria os efeitos causados por esta.

Essa atuação jurisdicional em adotar medidas para proporcionar uma “justiça como equidade”¹⁶ bebe da fonte da obra de John Rawls, sintetizada na obra de

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” (KOZICKI; PUGLIESE, 2017). Cf. HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 1ª edição, 2009.

¹⁶ Por certo, o liberalismo constitucional de John Rawls exerceu um papel importante para a teoria do direito de Dworkin. Num certo sentido, é possível identificar três fases da produção teórica de Ronald Dworkin. A primeira consistia num delineamento de uma teoria do direito em sentido estrito mediante, primeiramente, a desconstrução do positivismo, nitidamente o juspositivismo de Herbert Hart. A segunda residia na formulação e desenvolvimento da chamada “teoria interpretativista”. Por fim, a terceira representou uma retomada do liberalismo igualitário de Rawls, cujas afirmações cruciais consistiam na defesa da imprescindibilidade de uma igual distribuição das liberdades de base, representadas pelo conjunto das liberdades civis e das liberdades políticas, estas encarregadas de atribuir um conteúdo, ou seja, um valor real e equitativo às liberdades de primeira geração, as quais são qualificadas meramente como formais. De certo modo, como estratégia argumentativa, Rawls retoma o contratualismo, mas o faz a partir de conceitos como “posição original” e “véu de ignorância”. Neste sentido, constata Alberto Ribeiro Gonçalves de Barros (2020, p. 45): “O primeiro princípio da justiça, escolhido na posição original (quando os membros de uma sociedade se encontram por detrás do hipotético véu de ignorância, ou seja, sem saber quais serão suas habilidades e limites naturais, sua classe social, sua situação econômica, enfim, sua futura posição na sociedade), unifica esses dois tipos de liberdade e os defende como um todo, demandando que uma igual liberdade de base seja garantida a cada pessoa”. Percebe-se que, na compreensão de Rawls, não basta afirmar de modo abstrato a igualdade das liberdades de base, visto que é necessário saber se as desigualdades econômicas e sociais não comprometem o seu exercício e aproveitamento. Desse modo, o autor em questão rejeita as diversas manifestações do liberalismo que são impotentes de compreender o social sem incorrer a um fundamento ancorado numa ontologia atomista meramente individualista. John Rawls se vincula a uma ontologia social relacional, baseada no princípio da reciprocidade e da publicidade. Ele afirma que os fins humanos são plurais e diversos, vinculando-se, assim, a uma ética

Dworkin na ideia do juiz Hércules, que deverá atuar de maneira independente a juízos políticos em situações completamente inovadoras, que não sejam contempladas pelas hipóteses previstas no ordenamento ou que a solução seja oposta à moralidade em voga, devendo solucionar tais dificuldades a partir de princípios que tomem em consideração o dever de igualdade e respeito entre todos.

Neste debate filosófico-jurídico, é importante mencionar que, para Dworkin, os princípios são resultados do entendimento da comunidade do que seriam seus valores, podendo serem aplicados de modo progressivo, sempre dosando seu peso numa respectiva matéria. Desta forma, o referido autor foi importante em influenciar a centralização dos princípios no ordenamento jurídico, causando referido destaque a estes. Os princípios, assim, serviriam como fundamentação argumentativa das decisões judiciais. Em suma, regras e princípios são padrões argumentativos, de tal modo que os princípios integram o fenômeno jurídico e tornam o direito permeável à moralidade.

A apresentação da Constituição como um simples conjunto de regras independentes e historicamente limitadas não passa de um disfarce para uma atitude judicial que não respeita princípio algum e se baseia tão-somente nas convicções políticas ou morais do juiz, o qual não se vê sujeito às restrições que necessariamente se impõem quando a Constituição é tratada com uma carta de princípios (Dworkin, 2006, pp. 206-207).

Acerca do pensamento de Dworkin, discorre Lourdes Santos Pérez (2003, p. 351):

Na opinião do autor, obtém-se uma melhor compreensão do processo judicial caso se admita 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 do 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.

É a partir da compreensão acima apresentada que o entendimento de “integridade do direito” adquire maior relevância no bojo da teoria construtivista de Dworkin. Para a aplicação ordenada dos princípios, o autor em análise constata que o juiz deve agir em conformidade com um conjunto coerente e coeso de regras e princípios, estes vinculados às nuances da vida comunitária. Sob essa perspectiva,

do pluralismo, mas reconhece que, para se evitar a instauração de um domínio autoritário, é indispensável que a unidade da comunidade se estruture a partir de uma concepção pública do justo. Cf. RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Harvard: Harvard University Press, 1971. Ademais, Cf. RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

discorre Sarmiento (2014, p. 9): “ 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 harmoniza com o papel o sentido das instituições, bem como com a moral da sociedade”. Do mesmo modo, afirma Giovani Savedra (2006, p.7) :

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 de princípios de justiça, de equidade e do devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Tendo em vista que no Brasil há uma sobrecarga de casos nos tribunais superiores, e em sua grande maioria de alta dificuldade, o ponto de vista de Dworkin vem auxiliando os atos decisivos, de modo que haja uma delicada interpretação de princípios, especialmente, quando se trata de um âmbito de discussão entre direito e moral. Deve-se ressaltar que esta aplicação principiológica, quando realizada pelo devido aplicador do direito, parece fomentar ainda mais a difusão de método interpretativo da integridade do direito, e, favorecendo, desse modo, uma aparente diáspora da discricionariedade.

Com o poder da interpretação constitucional concedido ao juiz, Dworkin compreende que deve ser realizada por este uma espécie de “leitura moral da Constituição” (*moral reading of the constitution*), isto é, uma observação intrinsecamente conectada com os valores e a bagagem histórica daquela sociedade. Desta maneira, não há espaço para uma leitura eminentemente subjetiva e sentimental da matéria pelo judiciário.

A visão interpretativa deve estar sempre acompanhando a efetividade dos direitos dos indivíduos, entretanto, o juiz não deixa de ser um humano, e assim, está plausível e suscetível ao erro. Nesta reflexão existem possibilidades de atos de “tirania”, levando Dworkin a realizar estratégias que reduzissem a ampla discricionariedade do poder judiciário. Posto isto, é compreensível que o autor seja contrário às atitudes decisivas que transbordam e eventualmente emanam da interpretação moral da Constituição. E novamente, o sentido sobre o conceito de integridade constitucional, isto é, o respeito ao conteúdo da Norma Suprema, deve estar sempre presente enquanto um valor real:

Para Dworkin, os juízes não são livres para impor suas próprias convicções, mas que devem encontrar um juízo coerente com o desenho estrutural da Constituição. Sendo assim, a teoria dworkiniana só pode ser bem compreendida no contexto do direito como integridade. É que os operadores do direito estão inseridos em uma prática interpretativa que deve obediência à integridade – o princípio de responsabilidade política pelo qual decisões políticas ou judiciais do passado, como leis, precedentes e constituição, devem resultar em um conjunto coerente de princípios (Medrado; Noya, 2016, p. 102).

Neste conjunto de dogmas que o juiz deve observar, o “direito como integridade”¹⁷ se relaciona com a evolução da sociedade, a qual dita e está escrita na narrativa constitucional de respectivo país. Então, ao momento em que o juiz decide sobre uma causa, esta decisão deve estar versada em conformidade com o conteúdo constitucional inteiriço, concordando com cada parte da história contada por aquele povo, para que tenha uma essência em comum, um valor substancial, um arcabouço axiológico.

Como queria Dworkin, não há outro caminho para o direito contemporâneo senão o enfoque nos princípios jurídicos como um caminho para a resolução e legitimação das decisões judiciais. Ao contrário do que pregam os seus críticos, Dworkin enfrentou e deu soluções para o problema do poder discricionário do juiz. Bem entendido, Dworkin não é um defensor do ativismo judicial, mas um crítico da inércia do direito que ele diagnosticou no positivismo jurídico [...] Entretanto, isso não significa dar ao juiz o poder de ser ativista, mas, ao contrário, é uma busca de firmar os limites do poder jurisdicional segundo uma visão principiológica do direito (Medrado; Noya, 2016, p. 105).

Sobre este acontecimento, Dworkin aponta com um racional metáfora de “romance em cadeia” (*chain novel*), em que os juízes devem trabalhar como se fossem escritores de um único romance, sendo cada um destes responsável por uma parte da narrativa, cuja estruturação, no final, tenha regularidade e coerência de composição, sem subjetivismos ou discrepâncias. Neste sentido é compreendido que:

A tese do direito como integridade tem por base a ideia de que a história constitucional deve ser construída em harmonia com a evolução histórica do povo. Nesse sentido, um sistema jurídico é tão mais justo na medida em que as decisões que decorrem dele são coerentes e harmônicas com o momento

¹⁷ “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 jurisdicional- 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” (SANTOS PÉREZ, 2003, p. 356).

histórico e com a moralidade, apreendida da cultura institucional (Medrado; Noya, 2016, p. 102).

Em relação à temática axiológica, o juiz deve então buscar a defesa e utilização de argumentos de princípio, isto é, o exercício da justiça ou qualquer valor que pertença ao sentido moral da sociedade. O juiz deve almejar respostas concretas, sobretudo, por meio de uma interpretação construtivista¹⁸ do ideal político de comunidade na qual ele próprio se encontra incluído. Nas palavras do próprio Dworkin (2010, p. 305):

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.

Nesta caminhada de ideias, Dworkin delimita o exercício do judiciário, sendo que este, ao utilizar os “argumentos de princípio” o faz tendo em vista a garantia dos direitos individuais essenciais, afastando-se, idealmente, de qualquer matéria do coletivo, assunto este típico dos poderes Executivo e Legislativo. Neste sentido, a existência de qualquer respingo de conteúdo político¹⁹ numa decisão teria potencial de prejudicar o princípio de separação dos poderes, como também, comprometeria o exercício decisório vinculado ao ideal interpretativo do “direito como integridade”.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige (Dworkin, 2007, pp. 451-452).

¹⁸ “A interpretação construtiva propõe atribuir o maior valor para a maior eficácia das práticas sociais, mesma forma traçada pela hipótese estética quando busca o melhor sentido interpretativo a obra estudada. Analogamente, o problema da arbitrariedade do interprete é suplantado pelo respeito aos limites históricos da compreensão de dada prática, esboçada na interação do segundo passo, cuja interpretação não deve desvirtuar a prática social inventando outra prática distinta daquela estudada” (SILVA; FERREIRA, 2007, p. 6132).

¹⁹ “Como cada juiz tem a sua disposição, dados os sistemas jurídicos modernos, mais de um princípio ele terá de fazer uma escolha sobre quais dele deverá operar. Aqui entra, novamente, o papel da moralidade política: nortear o magistrado no trânsito dos argumentos de princípio político e/ou procedimento político. Dworkin não descarta a hipótese do magistrado decidir, segundo este último argumento, entretanto em sua filosofia a justiça é melhor realizada quando apoiada nos princípios políticos, pois são centrados nos direitos morais dos indivíduos, estão acima de qualquer risco de opções arbitrárias da coletividade, desprovidas da devida isonomia esboçada em sua releitura do imperativo categórico kantiano” (SILVA; FERREIRA, 2007, p. 6141).

Dworkin então parece discordar, em partes, com a atuação de um juiz altamente ativista²⁰ suscetível de ignorar por completo a história linear de interpretação de valores morais e constitucionais. Para o autor, o ativismo judicial precisa de limites, não podendo confundir suas funções principais com as dos outros poderes, e nem aplicar suas opiniões subjetivas e arbitrárias por meio de prolações de decisões.

Dworkin indicou a pedra de toque para o êxito da jurisdição constitucional contemporânea: a aproximação entre o Direito Constitucional e a Filosofia Moral. Isso porque não há fórmulas mecânicas capazes de balizar a atuação judicial, tampouco existem estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Em verdade, a boa interpretação jurídica consiste na melhor interpretação moral e, por isso, a restrição genuína está na boa argumentação (Medrado; Noya, 2016, p. 106).

Apesar de destacar limites para um judiciário ativista, Dworkin, de fato, constrói a figura de um juiz extremamente sábio, com potencialidades de compreensão sobre-humanas, visto que seria capaz de uma ter um panorama holístico do sistema legal. Sob essa perspectiva, o juiz em questão teria habilidades para distinguir o direito válido do direito não válido mediante um entendimento amplo de todos os valores e modos de vida da comunidade. Eis a figura do juiz Hércules. Acerca disso, discorre Habermas (2003, p. 263):

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.

²⁰ Interessante ressaltar que a defesa, por parte de Dworkin, de um judiciário ativo em prol da efetivação dos direitos individuais encontra respaldos no método construtivista sustentado por John Rawls. “Rawls denomina como construtivismo um método de acomodação de interesses políticos que usa a razoabilidade como método de reflexão discursiva do cidadão. Este atua perante as instituições no sentido de assegurar suas pretensões de modo tolerante com as pretensões dos demais cidadãos, realizando a formação do consenso sobreposto através do exercício de razões justificáveis publicamente, selecionando doutrinas razoáveis. As ações afirmativas são um meio de realizar políticas públicas que promovam a igualdade. Rawls quis que a construção judicial dessas políticas, isto é, quando o judiciário intervém e obriga o Executivo a implementá-las, ampliando os efeitos da lei pela interpretação do caso concreto, fosse feita pelo construtivismo político como meio do liberalismo político [...] Para a promoção da igualdade, Rawls objetiva um judiciário ativista. O fim do Direito é servir à Política como busca da igualdade, e não aferrar-se a um formalismo abstrato” (LIMA, 2019, pp. 46-48).

Não obstante, o entendimento da atuação de um “juiz Hércules” parece estar na contramão da ética do pluralismo²¹ das democracias contemporâneas. Com base na defesa da intersubjetividade dialógica, Habermas reitera a construção coletiva da verdade, retomando, desse modo, um argumento epistêmico²² em prol da democracia. “Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreitada monologicamente [...] o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum” (Habermas, 2003, p. 276). O “politeísmo de valores” reitera a necessidade de uma ética do discurso, que se opõe à supremacia de interpretações monológicas. O regime democrático seria a concretização do princípio do discurso. É justamente a partir da compreensão supracitada que Habermas acusa o “juiz Hércules” de Dworkin de constituir, em última instância, um princípio solipsista, “sobrecarregando o juiz ao exigir-lhe uma reconstrução monológica racional do direito vigente [...] Hércules não dialoga, é solitário [...] não cria laços argumentativos com a comunidade” (Monica, 2008, p. 12). Ao invés de interpretações monológicas, Habermas (2003, p. 277) advoga em prol de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”²³. Desse modo, “melhor ancorar as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político

²¹ Acerca da ética do pluralismo, é importante mencionar a produção teórica de Isaiah Berlin, sobretudo, em sua concepção de “Teoria das Verdades contraditórias”. Cf. BERLIN, Isaiah. *Two concepts of Liberty*. In: BERLIN, Isaiah. **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.

²² O entendimento de “fecundidade do antagonismo” e a compreensão de construção coletiva da verdade estão presentes na perspectiva de John Stuart Mill acerca da democracia representativa. De certo modo, o ideal normativo de democracia deliberativa de Habermas guarda aspectos dos ideais de Mill. Para Stuart Mill, A democracia passa a ser vista como um fato social, ou melhor, um tipo de sociedade, que promove uma crescente “democratização das relações sociais”, cujos valores promovem a inclusão de todos os grupos sociais na participação política e na construção coletiva da verdade, mediante, sobretudo, um “conflito agonístico” que se realiza na deliberação para além das instituições governamentais. Cf. HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia”. **Lua Nova**, nº 36, p. 39-53, 1995. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade I e II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. MILL, John Stuart. *On Liberty* (1859) and “Considerations on Representative Government” (1861). In: **Utilitarianism, Liberty and Representative Government**. London: J.M. Dent, p. 65-170; 175-393, 1974.

²³ Trata-se de uma ideia sustentada por Peter Häberle, responsável pelo desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional, levando-se em consideração não apenas os objetivos e métodos de interpretação, mas os participantes do processo interpretativo. Reiterando o pluralismo das sociedades democráticas contemporâneas, Häberle sustenta uma abertura interpretativa da Constituição, reiterando uma espécie de Constituição aberta, que se apresenta enquanto uma ordem objetiva de valores, cuja manifestação é incompleta e com indeterminação de significado. Numa sociedade aberta de intérpretes, diversos agentes interpretariam e aplicariam os valores constitucionais de forma plural, em vista de uma construção coletiva da verdade. “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 [...] Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive 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 tradicionalmente do processo hermenêutico” (HÄBERLE, 1997, p. 13).

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”.

Não obstante as considerações de Habermas, percebe-se que as observações de Dworkin, em última instância, residem na efetivação dos direitos fundamentais, levando-se em consideração as diversas finalidades humanas e a multiplicidade de valores sociais. Por certo, ele não desqualifica o pluralismo das sociedades democráticas, visto que suas reflexões políticas abarcam, em seu bojo, as teses do liberalismo constitucional de Rawls e a eminência da dimensão axiológica. No entanto, as reflexões de Habermas suscitam um questionamento acerca da exacerbação da jurisdição constitucional, estabelecendo ponderações e análises para além de meros limites apontados por Dworkin para a contenção da discricionariedade judicial.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio desta breve análise sobre o impacto e influência do ativismo judicial no pensamento de Dworkin, é possível perceber que este fenômeno vem se apresentando cada vez mais intenso e múltiplo nas nuances das democracias contemporâneas, as quais se encontram relativamente conturbadas. Parece que este cenário de fraqueza dos poderes Executivo e Legislativo seria propício para realização de atos mais rápidos e incisivos. Outra questão importante que foi analisada é a existência de direitos sociais encrustados na Constituição Brasileira, mas inexistentes na sociedade americana, local de análise de Dworkin. Desta forma, a existência de diversos princípios e direitos sociais apresenta impactos no sistema jurídico nacional, de tal modo que a interpretação dos direitos supracitados estaria encarregada a uma jurisdição constitucional o que implicaria, conseqüentemente, um aumento na discricionariedade.

A atividade jurídica no ecossistema contemporâneo remete a uma liquidez dificilmente percebida na história. E tendo noção deste avanço do judiciário, Dworkin entendeu a necessidade de um certo equilíbrio no momento de decisão sobre a matéria que foi debatida durante o processo, assegurando, nesse sentido, a correspondência pertinente com o conjunto coerente de princípios comprometidos com a sociedade. Por conta disso, é que o mencionado “direito de integridade” usufrui

de tanta relevância quando ocorre o ativismo judicial, pois o juiz deve respeitar e conservar o pensamento comum extraído da “leitura moral da Constituição”.

É imprescindível que no momento decisivo o juiz não apenas “leve os direitos a sério”, mas que também observe toda narrativa moral e constitucional desenvolvida através de anos decorridos. Nesta ideia, há uma intersecção com o pensamento do Ministro Luís Roberto Barroso, em que estas decisões pró-coletivo não aconteçam de modo sucessivo e sim em casos especiais e pontuais, pois não é pertinente e conveniente para a manutenção do princípio de separação dos poderes esta ocorrência contínua.

Em vista do que foi apresentado sobre a opinião de Dworkin, ele compreende que é necessária proteção aos direitos dos indivíduos, devendo ser observado prontamente pelo juiz responsável o compromisso com a efetivação das garantias fundamentais. Afinal, uma vez em que existe o poder do Estado, cada direito individual é necessário e imprescindível para a legitimação das escolhas do cidadão. Entretanto, o autor entende que não pode ocorrer atitudes e posturas de usurpação de funções que sejam correspondentes a outros poderes. Assim, foi compreendido que há um certo “esforço em termos de teoria da jurisdição constitucional no sentido de garantir o respeito aos direitos individuais, mas também um esforço no sentido de reduzir os riscos que daí decorrem” (MEDRADO, NOYA, 2016, p. 105). Fica entendido também que não deve ocorrer envolvimento de política no meio do poder judiciário, muito menos dentro do campo discricional que o juiz possui para decidir dos fatos. Portanto, a delimitação de interpretação do juiz estabelecida pelo autor é muito fina e vaporosa, como uma espécie de linha tênue, indicando, assim, que uma boa interpretação deve almejar ser neutra (ou melhor, prezar pela imparcialidade) e, na mesma medida, íntegra, respeitando os valores históricos daquela sociedade em que estiver o intérprete inserido.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/21487>. Acesso em: 30 nov. 2022.

APPIO, Eduardo. O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin. Rio de Janeiro: **Revista Publicum**, v. 4, n. 2, 2018, p 37-53. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/37953>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BARROS, Alberto Gonçalves Ribeiro de. **Liberdade política**. São Paulo: Edições 70, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of Liberty. *In*: BERLIN, Isaiah. **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.

DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo de Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1 ed., 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed., 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 3 ed. 3 tiragem, 2014.

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. “Três modelos normativos de democracia”. **Lua Nova**, nº 36, p. 39-53, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?** Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/?lang=pt>. Acesso em: 01 dez. 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>.

LIMA, Newton de Oliveria. **10 lições sobre Rawls**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. A recepção da teoria neoconstitucional pelo supremo tribunal federal brasileiro. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 151-163, outubro/2009.

MEDRADO, Vitor. NOYA, Henrique. Teria Dworkin Defendido o Ativismo Judicial? Brasília: **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, v. 2, n. 1. P. 93-107. Jan/Jun.2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/896>. Acesso em: 04 dez. 2022.

MILL, John Stuart. On Liberty (1859) and Considerations on Representative Government (1861). *In: Utilitarianism, Liberty and Representative Government*. London: J.M. Dent, p. 65-170; 175-393, 1974.

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 (UEL), 2008.

MONICA, Edgar 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.

PALMER, Robert Roswell. Notes on the Use of the Word "Democracy" 1789-1799. **Political Science Quarterly**, v. 68, n. 2, p. 203-226, 1953.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572301/mod_resource/content/0/Ativismo%20-%20Elival%20-%20pags%20138-225.pdf. Acesso em: 03 dez. 2022.

RAWLS, John. **A Teory of Justice**. Harvard: Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

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.

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.

SILVA, Davi José de Souza da; FERREIRA, Luciano Cavalcante de Souza. A moralidade política na Prática Judicial em Dworkin. *In*: XVI Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pós-graduação em Direito, 2007, Belo-Horizonte. **Anais do Conpedi - XVI Congresso Nacional - Belo Horizonte, 2007**. p. 6126-6142.

TOOBIN, Jeffrey. **The nine**: inside the secret world of the Supreme Court. New York: Anchor books, 2008, p. 6.

TRAVESSONI GOMES, Alexandre. **Pós-positivismo jurídico** (Verbete).
TRAVESSONI GOMES, Alexandre (Org.). *In*: Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito. São Paulo: LTr, p. 319-323, 2011. Disponível em:
https://www.academia.edu/50835257/CIDADANIA_Verbete_de_dicionário. Acesso em 02 dez. 2022.