

DIREITO COMO INTEGRIDADE: UMA RESPOSTA DWORKIANA AO ATIVISMO JUDICIAL.

LAW AS INTEGRITY: A DWORKIN'S REPLY TO THE JUDICIAL ACTIVISM.

Gustavo Barbosa Giudicelli¹

RESUMO: O problema do ativismo judicial, referente à insuficiência da hermenêutica jurídica tradicional e a desconfiança que se tem sobre o Direito, se intensifica entre nós em razão, por um lado, do déficit de direitos que atinge boa parte da nossa população e, por outro lado, da postura decisionista e voluntarista de parte dos nossos tribunais. Para o enfrentamento desse problema, se propõe apresentar a proposta teórica de Dworkin de direito como integridade, com sua ideia de responsabilidade moral e comunidade de princípios. A partir delas, entende-se possível enfrentar o problema da discricionariedade judicial, tanto contra o passivismo quanto contra o ativismo sem respaldo democrático dos tribunais pátrios.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Direito como integridade. Discricionariedade judicial.

ABSTRACT: The problem of judicial activism, related to the insufficiency of traditional legal hermeneutics and the mistrust of the Law, intensifies among us due, on the one hand, to the deficit of rights that affects a large part of our population and, on the other hand, the solipsist and voluntarist stance of part of our courts. To face this problem, it is proposed to present Dworkin's theoretical proposal of law as integrity, with his idea of moral responsibility and community of principles. Based on them, it is possible to face the problem of judicial discretion, both against passivism and against activism without democratic support from the national courts.

KEYWORDS: Judicial activism. Law as integrity. Judicial discretion.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O direito como integridade. 2. Ativismo judicial e discricionariedade. 3. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. The law as integrity. 2. judicial activism and discretion. 3. Conclusion. References.

Introdução

Hodiernamente, a ciência do Direito, sobretudo em países de modernidade tardia² como o Brasil, experimenta uma multifacetada crise de paradigmas, da qual emerge uma gama enorme de questões práticas ainda carentes de soluções doutrinárias e jurisprudenciais

¹Defensor Público pelo Estado de Alagoas. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), e doutorando em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra/PT. Professor universitário. Ex-servidor da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

² Expressão utilizada por Lênio Streck para identificar aqueles países que, recém saídos de regimes autoritários, ainda enfrentam um imenso déficit social. STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 23 e seguintes.

consistentes o suficiente para responder às demandas sociais, também em franca expansão, em quantidade e complexidade.

Trata-se, como dito, uma crise de paradigmas de diversos matizes, englobando desde o modo de produção do Direito, ainda voltado para a solução de disputas interindividuais (paradigma liberal-individualista)³, até o seu modo de aplicação, campo no qual diversas teorias hermenêuticas disputam espaço, passando ainda pela crise de legitimidade e limites da jurisdição, e, por fim, pela crise de eficiência na absorção e controle dos conflitos sociais⁴.

Nesse mesmo contexto, tais crises podem ser entendidas como o aprofundamento de dois problemas específicos da dogmática jurídica contemporânea, a saber, a insuficiência da hermenêutica jurídica tradicional e a desconfiança que se tem sobre o Direito, muitas vezes visto como produto do arbítrio dos juízes⁵, o que atualmente vem atingindo patamares críticos no Brasil, dada a proeminência que o Poder Judiciário vem ganhando em questões bastante sensíveis do ponto de vista político, democrático e social.

Dessa problemática decorre o principal desafio a ser enfrentado pela doutrina constitucional brasileira, vez que tal proeminência do Poder Judiciário traz consigo sérios questionamentos acerca do papel e dos limites da atuação jurisdicional em contexto ambíguo de déficits e excessos.

Com efeito, de um lado temos uma parcela considerável de nossa população desprovida dos direitos fundamentais mais básicos, ampliando legitimamente o leque de atuações possíveis do Poder Judiciário, notadamente diante da costumeira omissão dos demais Poderes. Nesse cenário, não há que se falar em subtração do espaço da cidadania pelo Poder Judiciário, pois, como ensina Lênio Streck, “a desjuridificação, no Brasil, não amplia espaço da cidadania, uma vez que, enquanto a Constituição não é concretizada, não há nem um espaço da cidadania⁶”.

³Ibid. p. 43.

⁴ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

⁵CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 02.

⁶STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90. É nesse sentido que o autor defende as chamadas teorias substancialistas de interpretação constitucional, sendo a proposta de Ronald Dworkin certamente uma delas, como se verá, em contraposição às chamadas teorias procedimentalistas. Em outra obra, concluindo pela impertinência das teorias procedimentalistas em uma realidade como a brasileira, completa ainda Lênio Streck que: “é evidente que o procedimentalismo, entendido como superação de modelos já realizados, assume proporções fundamentais nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais foram resolvidos. Parte, implicitamente, do pressuposto de que a etapa do Welfare State foi realizada e, com isso, pressupõe sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos”. STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e decisão Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 172.

Por outro lado, muitos têm sido os excessos praticados por nossos tribunais, muitas vezes assumindo uma postura solipsista e decionista que não respeita os limites jurídicos e democráticos da atividade jurisdicional, transbordando dos parâmetros constitucionais que devem nortear sua atuação⁷. Aqui, o remédio ameaça matar o paciente, considerando a vulnerabilidade de nossas instituições democráticas e o risco sempre latente de enfraquecimento da força normativa da Constituição em favor de posturas céticas e/ou pragmáticas acerca da autonomia do Direito.

Do ponto de vista filosófico, as mencionadas crises remetem, em última análise, ao próprio papel do Direito e suas fontes de legitimidade e validade. Nesse contexto a ciência jurídica tem experimentado, ao longo do seu desenvolvimento histórico, diferentes enfoques para essas questões, transitando entre posições filosóficas essencialistas, que se baseiam em uma lógica da verdade, e posições filosóficas retóricas, baseadas na lógica do consenso⁸.

Situado entre esses dois opostos, Dworkin desenvolve uma teoria do Direito preocupada em, por um lado, superar a discricionariedade e o decisionismo judicial a partir da ideia de integridade e coerência da atividade jurisdicional, e, por outro lado, justificar uma postura ativista do Poder Judiciário⁹, no sentido de habilitá-lo a realizar uma leitura moral dos textos legais e oferecer respostas corretas aos problemas jurídicos que lhe são apresentados.

Trata-se, portanto, de uma proposta deveras profícua para o enfrentamento do problema do ativismo judicial no Brasil, pretendendo-se com o presente estudo apresentar algumas de suas linhas gerais, notadamente a ideia de Direito como integridade enquanto substrato teórico apto a contribuir para a superação de algumas das crises paradigmáticas supramencionadas.

⁷ Um dos problemas aqui é a utilização de parâmetros morais e/ou políticos como fundamentos para a atividade jurisdicional. Trata-se, como se verá, de tema diretamente relacionado à proposta teórica de Ronald Dworkin. Cumpre destacar desde já, porém, a advertência de João Maurício Adeodato, para quem “a inserção direta de princípios morais nas questões jurídicas por intermédio de uma ‘moral do Judiciário’ faz com que as fronteiras do que é jurídico e coercitivo se ampliem a níveis preocupantes no contexto democrático”. ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 259.

⁸ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraponto à ontologia de Nicolai Hartmann)*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 309.

⁹ “(...) Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da *Bill of Rights*, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 231. Tal ativismo, porém, precisa ser contextualizado, como será analisado a seguir.

1. O direito como integridade.

Em poucas palavras, a noção de Direito como integridade proposta pelo jusfilósofo americano Ronald Dworkin pode ser entendida como “um princípio legislativo, que pede que os legisladores tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”¹⁰.

Trata-se, portanto, de uma compreensão do Direito como princípio legislativo e jurisdicional que demanda uma visão coerente de princípios morais substantivos, aptas a fundamentar a escolha racional da resposta correta a um determinado problema posto em discussão. Dessa construção teórica, destacam-se desde já, como pressupostos básicos da compreensão de sua teoria, os conceitos de responsabilidade moral e comunidade de princípios. Quanto ao primeiro, Dworkin entende que nossas convicções morais dependem, para serem válidas, que elas mesmas sejam moralmente fundamentadas¹¹, daí decorrendo que “somos moralmente responsáveis na medida em que nossas diversas interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de tal modo que cada uma delas sustente as outras numa rede de valores que abraçamos autenticamente”¹².

Aplicando o mesmo raciocínio para o Estado, tem-se que este, embora deva ser moralmente neutro¹³, possui obrigações morais para com os seus cidadãos, devendo tratá-los com igual respeito e consideração, daí decorrendo a necessidade de uma leitura moral do Direito¹⁴. Surge daí também a necessidade de se levar os direitos a sério, exigindo do Estado a busca por respostas corretas, baseado em sua responsabilidade moral que decorre da conjugação coerente de alguns valores básicos socialmente compartilhados.

Entra-se aí no segundo conceito básico supramencionado, qual seja, o conceito de comunidade de princípios. Diferenciando-a de outros modelos comunitários, Dworkin

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 213.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 120.

¹² *Ibid.*, p. 153.

¹³ Dworkin se define como liberal e, como tal, defende a neutralidade moral do Estado no sentido de não caber a este a imposição de uma moralidade privada. Todavia, diferencia o liberalismo baseado na neutralidade e no ceticismo moral, que não escapa da acusação de ser “uma teoria negativa para pessoas sem compromisso”, do liberalismo baseado na igualdade, que exige “que o governo trate seus cidadãos como iguais e somente defende a neutralidade moral quando a igualdade a exige”, a qual conta com a adesão do autor. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 305.

¹⁴ A proposta de uma leitura moral do direito, a exigir dos juízes que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais, é aprofundada pelo autor americano em *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

conceitua a comunidade de princípios como aquela em que “os cidadãos se consideram membros de uma comunidade genuína precisamente porque se vêem governados por princípios comuns e não apenas por regras criadas por acordo explícito”¹⁵.

Para Dworkin, portanto, a legitimidade política do Estado decorre dos laços comunitários de cidadãos que compartilham princípios de moralidade política em comum, numa perspectiva fraternal¹⁶. Dois desses princípios são justamente os valores da coerência e da integridade, corolários do dever estatal de tratar seus cidadãos com igual respeito e consideração.

Aplicando-se tais princípios mais especificamente à interpretação judicial, surge a noção do Direito como integridade, exigindo do intérprete a busca por respostas corretas de forma coerente com as decisões políticas do passado, sem olvidar de uma leitura moral do Direito considerando os demais princípios em jogo, notadamente os de justiça, equidade e devido processo legal¹⁷.

Merece menção aqui o conceito de princípio adotado por Dworkin, mais precisamente em sua diferenciação com relação às políticas¹⁸. É a partir dessa diferenciação que o autor defende a sua proposta do Direito como integridade como a melhor forma de lidar com os chamados casos difíceis, os quais exigem que os juízes tentem encontrar “em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”¹⁹.

¹⁵ DECAT, Thiago Lopes. *Racionalidade, valor e teorias do Direito*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 213.

¹⁶ “(...) a melhor defesa da legitimidade política – o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade – vai ser encontrada não onde os filósofos esperam – no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo, que poderiam ser válidos entre os estranhos – mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 250.

¹⁷ “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios”. *Ibid.*, p. 291.

¹⁸ A doutrina pátria já tratou à exaustão da distinção teorizada por Dworkin entre princípios e regras, mas costuma deixar de lado a distinção entre aqueles e as políticas, ponto muito mais central de sua teoria. Sobre essa última distinção, aduz que: “(...) Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36. Mais à frente, completa: “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. *Ibid.*, p. 141.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.

Para tanto, Dworkin se utiliza da metáfora do romance em cadeia, segundo a qual a interpretação judicial seria uma espécie de obra coletiva escrita ao longo do progresso da jurisprudência, sob a suposição de que foram criados pelo mesmo autor (a comunidade política), expressando uma correta concepção de justiça e equidade de forma coerente, considerando as decisões do passado e os princípios substantivos implícitos nessas decisões e na moralidade pública que a elas subjaz²⁰.

Nas palavras de Thiago Lopes Decat²¹:

A teoria do direito de Dworkin caracteriza-se por reconhecer a existência de pretensões juridicamente garantidas limitadoras da coerção que derivam das decisões políticas anteriores e dos princípios de moralidade política que melhor justificam a tradição destas decisões, exibindo-as como orientadas por princípios ou portadoras de valor.

Dworkin entende ser possível, pois, extrair de uma leitura moral do Direito, bem como da ideia de Direito como integridade construída na prática jurisprudencial, verdades conteudísticas capazes de fundamentar respostas corretas, em uma comunidade de princípios compartilhados na qual tais respostas são constantemente objeto de novos refinamentos, escapando de qualquer ceticismo quanto à possibilidade do direito oferecer respostas axiologicamente fundamentadas aos problemas que lhe são postos e, ao mesmo tempo, evitando decisões solipsistas.

Outra metáfora utilizada por Dworkin nesse contexto é a do juiz Hércules, possuidor de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade²². Através dela, Dworkin defende o dever dos juízes atuarem de forma coerente com a história institucional e com a comunidade de princípios na qual exercem suas atividades²³.

É, portanto, o modelo de juiz ideal, não sendo, como será visto, nem passivista, no sentido de se omitir de realizar uma leitura moral do ordenamento jurídico por se entender submetido aos outros poderes do Estado, e nem ativista, no sentido de se permitir ultrapassar os limites da sua própria atuação, deixando de considerar o espaço que cabe às outras instâncias decisórias em decisionismos voluntaristas nada democráticos.

250, p. 305.

²⁰Ibid., p. 275.

²¹ DECAT, Thiago Lopes. *Racionalidade, valor e teorias do Direito*, cit., p. 394.

²² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit., p. 287.

²³“O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo. Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito ao seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto”. Ibid., p. 294.

A partir dessa construção teórica, aqui vistas apenas resumidamente, o autor enfrenta duas questões que interessam diretamente aos problemas que o presente estudo pretende abordar, a saber, a questão da discricionariedade judicial e, mais especificamente, a questão do ativismo judicial.

2. Ativismo judicial e discricionariedade.

Como afirmado supra, o problema do ativismo judicial no Brasil se move entre, de um lado, um déficit de direitos de parcela considerável da nossa população, vítimas de toda sorte de omissões estatais, e, de outro, um excesso de protagonismo do Poder Judiciário, muitas vezes assumindo uma postura solipsista e decisionista que não respeita os limites jurídicos e democráticos da atividade jurisdicional.

De certa forma, a teoria dworkiana também trabalha com esses dois aspectos antagônicos, pois de um lado, como visto, defende uma postura ativista do Poder Judiciário, “no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta”²⁴, e, por outro lado, critica fortemente o ativismo voluntarista que muitas vezes se observa na atividade jurisdicional²⁵.

O ponto central para superação dessa aparente contradição é justamente a ideia de direito como integridade, proposta teórica através da qual Dworkin combate a discricionariedade judicial, defendendo que os juízes atuem de forma coerente com o histórico institucional e limitados pelos princípios de moralidade política da comunidade da qual fazem parte, à semelhança do juiz imaginário Hércules.

Trata-se aqui da principal divergência entre a proposta dworkiana e o seu maior adversário teórico, o chamado positivismo normativista (Hart, Kelsen). Com efeito, para este

²⁴DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 231.

²⁵“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. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe seja próxima. Insiste que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. (...) o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit, p. 451/452.

último há casos em que, devido à inexistência de uma regra específica que os resolvam, concede-se ao juiz a discricionariedade de decidir segundo suas próprias convicções, o que contraria frontalmente a proposta de direito como integridade de Dworkin.

Nas suas próprias palavras²⁶:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra (...). Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.

Em outras palavras, mesmo naquelas hipóteses em que haja divergências sobre a extensão dos direitos envolvidos e sobre qual interesse deve prevalecer, como é natural que ocorra em qualquer processo interpretativo, cabe ao Judiciário, enquanto poder do Estado que tem a incumbência de resolver conflitos e tutelar direitos, o dever de buscar a resposta correta com fundamento não nas opiniões pessoais do julgador, mas sim de forma coerente com a melhor interpretação possível do ordenamento jurídico como um todo²⁷.

Nesse sentido, há o que Lênio Streck chama de direito fundamental à resposta correta (resposta adequada), sendo esta aquela que não viola a autonomia do direito frente às outras ordens normativas (política e moral), evita a discricionariedade e respeita a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação baseada em argumentos de princípio e não de política²⁸.

Cumprido retomar aqui a noção principiológica de Dworkin, entendendo-se, ainda nas lições de Lênio Streck, que estes servem como parâmetros que condicionam a argumentação jurídica, possibilitando “um ‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais”²⁹, ao invés de ampliá-las, como usualmente entende parcela considerável da doutrina.

De fato, grande parte da doutrina pátria encara os princípios jurídicos como uma espécie de abertura semântica para a superação das lacunas do Direito, autorizando o seu uso

²⁶DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 127.

²⁷“(…) Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções”. Ibid., p. 286.

²⁸STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 591.

²⁹ Ibid., p. 540.

indiscriminado sempre que não houver uma regra expressa na hipótese em questão, ou até mesmo em superação a estas regras (*contra legem*), em nome de valores morais transvestidos em princípios jurídicos³⁰ e da técnica da ponderação, importada da doutrina estrangeira muitas vezes de forma pouco crítica. É justamente aqui que floresce o ativismo judicial no sentido tão criticado por Dworkin, vez que tal abertura à discricionariedade permite que os juízes, ao decidirem de acordo com suas próprias convicções, se afastem da ideia de jurisprudência enquanto obra coletiva (romance em cadeia), violando a necessária coerência e integridade do Direito.

Em tal ativismo, haveria também uma violação da própria democracia, considerando que esta não é simplesmente o governo da maioria, mas sim o sistema em que todos os cidadãos são parceiros governados por princípios comuns (comunidade de princípios)³¹, o que pressupõe inclusive ser tratado com igual respeito e consideração por parte do Estado³², inviabilizando decisões judiciais casuísticas baseadas em decisionismos voluntaristas.

O Direito como integridade pressupõe, pois, uma teoria substancialista da democracia e da atividade jurisdicional, baseado em uma leitura moral da constituição que leva os direitos a sério, autorizando que os juízes hajam, ainda que de forma contramajoritária, quando amparados por princípios jurídicos que reflitam a moralidade política de uma determinada comunidade, entendendo estes não como aberturas semânticas que autorizam a discricionariedade judicial, mas sim como parâmetros que vinculam a atividade judicial, limitando as possibilidades interpretativas.

Trazendo mais uma vez o juiz Hércules à tona, conclui-se que ele não é um juiz passivista³³, vez que não se omite em decidir questões complexas de moralidade política, e nem

³⁰ Como destacado, a consideração moral do direito como fundamento dos princípios jurídicos não se afasta da proposta dworkiana. O problema, porém, está na sua convocação como uma espécie de subterfúgio para decisões voluntaristas sempre que houver lacunas da lei, que autorizariam decisões discricionárias. A compreensão do direito como integridade afasta essa possibilidade.

³¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit., p. 254.

³² Em outra obra, Dworkin elenca como objetivo da democracia que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*, cit., p. 24.

³³ “(...) Ele não é um passivista, pois rejeita a ideia rígida de que os juízes devem subordinar-se às autoridades eleitas, independentemente da parte do sistema constitucional em questão. Considerará que o objetivo de algumas disposições é, ou inclui, a proteção da democracia, e que irá interpretar tais disposições nesse espírito, em vez de subordinar-se às convicções daqueles cuja legitimidade elas poderiam desafiar. Decidirá que o objetivo de outras disposições é, ou inclui, a proteção de indivíduos e de minorias contra a vontade da maioria, e que, ao decidir sobre as exigências de tais disposições, não irá ceder àquilo que os representantes da maioria consideram correto”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit., p. 474.

muito menos ativista³⁴, vez que decidirá com base em argumentos de princípio, e não argumentos de política, privilegiando a integridade do direito em detrimento de qualquer tipo de voluntarismo judicial que não seja coerente com a ideia de jurisprudência enquanto obra coletiva.

Como ensina Lênio Streck³⁵:

(...) Não esqueçamos que, para Dworkin, a integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, por meio dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsista-voluntaristas.

Trata-se, sem dúvida, de algo que podemos aspirar³⁶ também em nossa realidade constitucional, considerando as imensas potencialidades normativas da Constituição Federal de 1988, os compromissos assumidos pelo nosso poder constituinte em termos de moralidade política, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais lá previstos, vinculando todos os poderes estatais, e o grande déficit de direitos de parcela considerável da nossa população, convocando, para o seu enfrentamento efetivo, posturas “ativistas”, porém não decisionistas, do nosso Poder Judiciário.

3. Conclusão.

As causas do ativismo judicial no Brasil são múltiplas e complexas³⁷, constituindo

³⁴ “Ele também não é um ‘ativista’. Vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação”. Ibid., p. 474-475.

³⁵ STRECK, Lênio. *Verdade e consenso*, cit., p. 313

³⁶ “No sistema atual, aspiramos que uma decisão judicial seja uma questão de princípio. Isto não pode ser completamente realizado, pois todos nós achamos que os juízes, às vezes, e talvez com frequência, apresentam argumentos de princípio equivocados. Mas saímos ganhando mesmo com a tentativa. Os cidadãos são encorajados a supor que todos têm direitos e deveres perante os outros cidadãos e perante o governo, mesmo que tais direitos e deveres não estejam claramente estabelecidos. Por conseguinte, são encorajados a elaborar e testar hipóteses sobre o que são tais direitos, a se relacionar e a exigir que sejam tratados pelo Estado, segundo o pressuposto benefício e unificador de que a justiça é sempre importante para suas reivindicações mesmo quando não esteja claro o que a justiça requer. Os tribunais participam desses processos dando, às vezes, a oportunidade de se discutirem tais questões controversas que envolvem a justiça, oferecendo uma liderança cujo poder é, de direito, qualificado pela força do argumento que pode impor”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 518.

³⁷ Fazendo um inventário crítico de algumas dessas causas, vale conferir o estudo de TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terra brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-131.

um fenômeno que, inclusive, não é exclusividade nossa³⁸. Trata-se ainda de algo que se desenvolveu mais enfaticamente após a Constituição Federal de 1988, quando nossa doutrina assumiu o compromisso elogiável de pretender extrair o máximo de efetividade das normas constitucionais³⁹.

Passados quase 30 (trinta) anos da promulgação da nossa Carta Magna, porém, ainda é enorme a distância entre as promessas emancipatórias do texto constitucional e a realidade cotidiana de milhões de brasileiros. Diante das omissões e insuficiências dos demais poderes, se aposta cada vez no Poder Judiciário como panacéia para todos os males, tanto no âmbito do controle de políticas públicas quanto no combate à criminalidade, âmbito no qual nossa prática jurisdicional frequentemente ganha contornos de populismo penal.

Mais importante que investigar as causas, portanto, urge estudar as consequências dessa postura ativista dos nossos tribunais e, notadamente, os limites dessa atuação. Cumpre, pois, enfrentar as crises paradigmáticas supramencionadas, sobretudo no que se refere ao papel do Direito e suas fontes de legitimidade e validade, em uma realidade social marcada pelo déficit de direitos e pela instabilidade democrática.

Para tanto, a ideia de Direito como integridade tal como preconizada pelo jusfilósofo americano Ronald Dworkin certamente constitui uma das mais proficuas construções teóricas. Com efeito, ao exigir dos juízes que, por um lado, promovam uma leitura substancial dos direitos constitucionais, inclusive reconhecendo os direitos fundamentais como uma questão de princípio (trunfos contra as maiorias⁴⁰), e, por outro lado, impondo limites interpretativos à atividade jurisdicional contra todo tipo de decisionismos voluntaristas, Dworkin oferece uma resposta ao problema do hodierno protagonismo judicial, superando-se tanto o passivismo inconsequente, em uma sociedade marcada pelo déficit de direitos, quanto o ativismo desprovido de legitimidade democrática.

Trata-se, pois, de exigir do Poder Judiciário um tratamento coerente do ordenamento jurídico, com a necessária primazia das normas constitucionais enquanto

³⁸Tal ativismo se identifica com o fenômeno da ascensão institucional do Judiciário nas últimas décadas, o que se observa não apenas no Brasil, mas também em diversos outros países que adotaram a noção de Estado Constitucional. Nesse sentido, ver BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 229/230.

³⁹O movimento, que se destacou principalmente no decorrer da década de 90, já foi apelidado de “doutrina da efetividade”, capitaneada pelo hoje Ministro do STF Luís Roberto Barroso e que encontrou projeção na obra de diversos autores, tais como Ingo Sarlet, Daniel Sarmento, Ana Paula de Barcellos e tantos outros. Apesar de sua inegável relevância, tal movimento, porém, não foi capaz de alterar o viés positivista-normativista dos nossos tribunais, apostando demasiadamente no protagonismo judicial. Com essa e outras críticas, conferir STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso*, Op cit.

⁴⁰DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, cit., p. 534 ss,

parâmetro inafastável da tutela jurisdicional, de modo a decidir de acordo com argumentos de princípio, entendido esses não como aberturas semânticas para fundamentar decisionismos e ponderações, mas sim como padrões de equidade e justiça que decorrem da integridade do Direito, em uma rede de decisões que seja coerente com a comunidade de princípios da qual emerge, atendendo ainda ao dever democrático de tratar à todos com igual respeito e consideração.

Adotar a ideia de Direito como integridade significa, portanto, levar os direitos a sério, desautorizando tanto as omissões judiciais diante do rotineiro descaso do Estado com os direitos fundamentais dos seus cidadãos, quanto quaisquer tipo de voluntarismo decisionista que, apesar da pretensão de fortalecer a normatividade das normas constitucionais, acaba por enfraquecê-las.

Com isso, pode-se entender o protagonismo judicial nos seus devidos termos, a saber, como atividade legítima do Poder Judiciário enquanto instância garantidora de direitos em um ambiente de inércia dos demais poderes, e não enquanto super Poder com a prerrogativa de substituir as escolhas dos demais personagens democráticos pelas suas próprias, de forma ilimitada e sem amparo nos princípios de moralidade política que devem nortear toda e qualquer atividade estatal, especialmente no trato com os seus cidadãos.

Referências.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência* (em contraponto à ontologia de Nicolai Hartmann). 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 225/270.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DECAT, Thiago Lopes. *Racionalidade, valor e teorias do Direito*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e decisão Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Verdade e Consenso*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terraebrazilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-131.

Recebido em:23/03/2020
1º Parecer em:25/03/2020
2º Parecer em: 29/03/2020