

DIREITO COMO INTEGRIDADE: UM CAMINHO GARANTISTA CONTRA O ATIVISMO JUDICIAL**Nestor Eduardo Araruna Santiago¹****Eduardo Rocha Dias²****Alexandre Santos Bezerra Sá³****Resumo**

Este artigo tem por objetivo discutir os limites da atuação dos juízes na efetivação da Constituição Federal, problematizando acerca da natureza das decisões judiciais. Noutras palavras, verifica-se a atividade dos juízes de concretização dos preceitos constitucionais configuraria uma prática de ativismo judicial ou se, por outro lado, representaria a verdadeira essência de uma conduta garantista. Dessa forma, aponta saídas para eventuais excessos cometidos pelos juízes na prestação jurisdicional, buscando um caminho que não diminua a atribuição que a Constituição Federal brasileira reservou ao Poder Judiciário. Através de pesquisa bibliográfica e dos referenciais teóricos de Luigi Ferrajoli, Hans-Georg Gadamer e de Ronald Dworkin, analisam-se as características fundamentais do garantismo e do ativismo, dentro de uma perspectiva hermenêutica, além da concepção do Direito como Integridade. A partir da adequada compreensão dessas questões, busca-se um ponto de equilíbrio na atividade judicial, compatível com o Estado Democrático de Direito. Conclui-se que a teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin é o caminho a ser perseguido pelos juízes para a concretização, sem excessos, de suas competências constitucionais.

Palavras-chave: Ativismo; Garantismo; Hermenêutica Filosófica; Direito como Integridade; Equilíbrio.

INTRODUÇÃO

Vive-se um momento de busca pela concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CF). Se por um lado os governos reclamam da inexistência de recursos financeiros, de outro, a sociedade pugna pela materialização dos

¹ Doutor em Direito, com estágio Pós-Doutoral pela Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Professor Adjunto do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Advogado criminalista. Unifor. Brasil. E-mail: nestoreasantiago@gmail.com

² Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Procurador Federal da AGU. Unifor. Brasil. E-mail: eduardodias@hotmail.com

³ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Pós-graduado em Direito público pela Universidade de Brasília – UNB. Juiz de Direito no Estado do Ceará. Unifor - Universidade de Fortaleza. Brasil. E-mail: alexandresantosbsa@gmail.com

preceitos normativos constitucionais, antes vistos como meras previsões abstratas, sem conteúdo concreto. Esse fenômeno, que não é apenas brasileiro, decorre de um momento do Estado Democrático de Direito em que a Constituição é reconhecida como detentora de força normativa e, ainda, como vetor interpretativo de todo o sistema jurídico.

Dentro desse contexto, a teoria garantista de Luigi Ferrajoli defende a necessidade de uma revisão dos conceitos de validade e de vigência da norma jurídica, sustentando que o conceito de validade não deve se restringir a uma análise meramente formal, sendo de fundamental importância o cotejo com a CF. Noutras palavras, uma lei, ainda que seja formalmente válida - vigente - somente poderia ser considerada substancialmente válida se compatível com os preceitos constitucionais.

A partir dessa premissa garantista, que torna o papel dos juízes extremamente mais complexo do que o idealizado pelos positivistas clássicos, surgem problemas, muitas vezes resumidos de forma superficial e abrangente como sendo práticas de ativismo judicial. Nesse sentido, o presente trabalho verificará se o abandono de uma interpretação mais imediata, mais literal, do aparente conteúdo de uma lei por parte de um magistrado, na busca de uma harmonização com a ordem constitucional contemporânea ao momento dessa interpretação, configuraria uma prática de ativismo judicial ou se essa atividade representaria, na verdade, uma genuína conduta garantista.

Outrossim, será feito estudo sobre um eventual caminho seguro para a efetivação desse modelo de atuação jurisdicional. Com efeito, tornam-se turvos os limites dos magistrados nessa difícil tarefa de efetivar os preceitos constitucionais sem resultar em violações à própria CF. Portanto, deve-se investigar se há uma teoria sólida a ser seguida pelos juízes que seja capaz de assegurar as garantias constitucionais sem resultar em excessos interpretativos.

Na tentativa de se buscar respostas para essas questões, serão analisados neste artigo os delineamentos fundamentais do garantismo e do ativismo, trazendo a discussão para uma perspectiva hermenêutica, principalmente a partir das contribuições de Hans-Georg Gadamer. Com efeito, os conceitos clássicos de garantismo e de ativismo serão primeiramente expostos com base na teoria tradicional. Após, contudo, trabalhar-se-á a problemática de se estabelecer um delineamento exato desses conceitos, buscando-se respostas através da hermenêutica filosófica. A análise será concluída com a compreensão do Direito como Integridade, conforme defendido por Ronald Dworkin. Essencialmente, são essas as questões enfrentadas neste trabalho, buscando-se sempre a contribuição da doutrina, a partir de pesquisas bibliográficas e dos referenciais teóricos de Luigi Ferrajoli, Hans-Georg Gadamer e de Ronald Dworkin.

O artigo divide-se basicamente em duas partes: a primeira aborda a problemática conceitual acerca do garantismo e do ativismo judicial, sob um enfoque predominantemente hermenêutico. Na segunda parte, enfrenta-se a o questionamento acima explicitado, a partir da teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, buscando-se, sobretudo, respostas para uma solução não subjetivista aos problemas destacados neste estudo.

A CONTROVÉRSIA CONCEITUAL ACERCA DO GARANTISMO E DO ATIVISMO JUDICIAL: UM PROBLEMA HERMENÊUTICO

É corrente se verificar a utilização do termo garantismo como algo pejorativo, extremamente relacionado à postura de agentes parciais, voltados para a aplicação de um direito penal mais favorável aos réus. A classificação de juízes em garantistas ou punitivistas tornou-se algo extremamente comum, contribuindo sem sombra de dúvidas para a superficialidade do debate acerca do papel da magistratura¹. Tal entendimento configura um desvio da teoria garantista idealizada por Luigi Ferrajoli². Isso porque ele defende quatro questões fundamentais para o garantismo, o que resulta em um afastamento da visão distorcida acima explicitada.

Nesse sentido, defende Ferrajoli (1994, p. 122) i) a revisão dos planos da validade e vigência, no sentido de que para uma norma ser válida, além de formalmente vigente, ela deve ser compatível substancialmente com a Constituição; ii) o abandono de uma concepção de democracia meramente formal, encampando a ideia de democracia substancial, indispensável para a concretização e efetivação dos direitos fundamentais, inclusive das minorias; iii) a mudança do papel do magistrado, que deve passar a interpretar a lei sempre a partir da Constituição e de seus princípios; iv) a alteração do foco da ciência jurídica, que deve passar a ter um olhar mais crítico em relação ao seu objeto.

A partir das mudanças desses paradigmas, percebe-se que Ferrajoli defende na verdade um papel ativo da magistratura na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Ser garantista para o autor é essencialmente cumprir com os ditames constitucionais e com a missão de se efetivar uma democracia efetivamente substancial.

Nas palavras do próprio Ferrajoli (1994, p. 125):

En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista, la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de

sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la leyes también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas.

Verifica-se, portanto, que ser garantista é antes de tudo “fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito” (STRECK; SALDANHA, 2013, p. 413). Contudo, esta compreensão do fenômeno jurídico no sentido de que a interpretação das leis deve ser concretizada a partir de uma dimensão constitucional e não apenas legal, conforme defendido por Ferrajoli, pode resultar em questionamentos acerca dos limites interpretativos dos magistrados e, conseqüentemente, acabar sendo entendido com uma prática de ativismo judicial.

Tal compreensão está intimamente relacionada também a uma controvérsia conceitual sobre o ativismo. A primeira utilização do termo ativismo judicial a receber efetiva atenção do público ocorreu por intermédio do americano Arthur Schlesinger, que publicou na revista não especializada *Fortune*, em 1947, um artigo sustentando haver três grupos de juízes na Suprema Corte americana: os ativistas judiciais (*judicial activists*), os campeões do autocomedimento (*champions of self-restraint*) e juízes não pertencentes a nenhum dos dois grupos anteriores.

Na classificação acima descrita, o que caracterizaria o grupo ativista seria uma visão de total impossibilidade de separação entre o direito e a política. Assim, esses magistrados tomariam suas decisões voltadas para um resultado desejado. De outra banda, o grupo dos juízes comedidos teria uma visão de que as leis possuiriam um conteúdo próprio (KMIEC, 2004, p. 1447).

Ainda segundo Kmiec (2004, p. 1464-1476), no direito americano haveria pelo menos cinco concepções de ativismo: i) reconhecimento de atos dos demais poderes como inconstitucionais; ii) desconsideração dos precedentes; iii) criação legislativa pelos juízes no exercício da atividade jurisdicional; iv) afastamento dos preceitos clássicos de interpretação; v) julgamentos voltados para fins previamente desejados.

As complicações acerca de uma exata caracterização de uma atuação judicial como ativista se agravam quando se analisa a abordagem do tema em culturas jurídicas diversas. Isso porque, como não poderia deixar de ser, a postura judicial exigida em países do *common law* é diversa da idealizada em outros com maior tradição legalista.

No Brasil, o problema se repete, talvez de forma ainda mais grave, tendo em vista o costume jurídico de se importar teorias estrangeiras sem o adequado cotejamento com a realidade local, conforme já apontado. Não há em relação ao chamado ativismo judicial uma uniformidade conceitual³.

As divergências apontadas acima por Kmiec acabam sendo aqui também reproduzidas, com o agravante de o estágio de consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil ser mais atrasado do que nos países onde o fenômeno do ativismo foi inicialmente debatido, o que acaba por gerar maiores demandas perante o Poder Judiciário.

Dessa forma, verifica-se que a controvérsia existente sobre as delimitações conceituais acerca do garantismo e do ativismo são relevantes, estão interligadas e acabam provocando diversos problemas na adequada compreensão desses fenômenos. Nesse sentido, enquanto para a teoria de Ferrajoli um juiz que abandonasse o aparentemente claro e indiscutível sentido expresso da lei - a partir de uma leitura dos princípios previstos na Constituição Federal - para efetivar um direito fundamental previsto na Constituição seria um juiz garantista, para outros, esse mesmo juiz poderia ser taxado de ativista.

Streck e Saldanha (2013, p. 400) têm razão quando apontam que a base de todas as discussões sobre o ativismo⁴ está fundada, em última análise, em um problema hermenêutico. Com efeito, os debates e indefinições conceituais acerca do ativismo e do garantismo acabam encontrando na questão hermenêutica um ponto central gerador de controvérsias.

O caminho a ser perseguido pelo juiz para a concretização de uma prestação jurisdicional com substrato constitucional - verdadeiramente garantista e não ativista - não é fácil e tranquilo. De qualquer forma, o primeiro passo reside no afastamento peremptório da ideia de que a lei ou qualquer ato normativo possui um conteúdo indiscutível, acessível através de um raciocínio lógico capaz de conduzir o intérprete a uma verdade objetiva, externa a todo o processo de compreensão do fenômeno jurídico.

Representa um erro tentar classificar uma decisão judicial como garantista ou ativista a partir de uma premissa focada na adoção de métodos interpretativos para a obtenção de um ideal objetivo de verdade. O processo de compreensão, destaque-se, é extremamente mais complexo. Nesse sentido, são grandes as contribuições da hermenêutica para o entendimento desse problema. Segundo Palmer (2015, p. 91), quem primeiro trabalhou o processo de compreensão como sendo o verdadeiro objeto da hermenêutica foi Schleiermacher. Nesse sentido, seu objetivo principal foi defender uma hermenêutica geral como sendo a arte da própria compreensão.

Schleiermacher foi o pioneiro em trabalhar a hermenêutica como uma disciplina geral, mas foi Wilhelm Dilthey quem pretendeu estabelecer uma metodologia para compreensão das expressões humanas. Palmer (2015, p. 107) identifica em Dilthey um esforço em abandonar a perspectiva mecanicista das ciências naturais, focando-se em um método singular para o processo da compreensão humana, que seria a própria experiência vivida.

Outro passo fundamental no desenvolvimento da hermenêutica foi dado por Martin Heidegger: “A antologia hermenêutica radica na hermenêutica do eis-aí-ser. O homem nunca é, simplesmente, mas só é enquanto ser-no-mundo, isto é, ele já desde sempre se encontra situado num “mundo determinado como hermenêutico” (OLIVEIRA, 2015, p. 210). Ademais, o ser somente se apresenta em sua essência através da linguagem. “Algo só é algo se podemos dizer que é algo. Esse poder-dizer é linguisticamente mediado, porque nossa capacidade de agir e de dizer o mundo é limitada e capitaneada pela linguagem” (STRECK, 2009, p. 234).

A questão em Heidegger é compreender que, como o ser só é completo a partir de sua inserção no mundo, não se pode por consequência aceitar como pressuposto uma neutralidade interpretativa desse ser. Neutralidade aqui entendida como a capacidade do intérprete de se despir de todas as suas influências contextuais.

A partir das contribuições acima descritas, Hans-Georg Gadamer desenvolveu sua teoria sobre a hermenêutica. O entendimento de Gadamer sobre o processo interpretativo é fundamental para a resolução das controvérsias conceituais sobre o garantismo e ativismo e, conseqüentemente, indispensável para a identificação de uma equilibrada atividade judicial de concretização dos direitos fundamentais.

A disciplina em Gadamer opõe verdade ao método, comprovando que a possibilidade de revelação daquela depende sempre da situação hermenêutica em que se encontra o sujeito que se põe a compreender (PEREIRA, 2001, p. 18). A partir desse giro, em que a hermenêutica passa a ser compreendida como disciplina do próprio processo de compreensão, surgiu a denominada hermenêutica filosófica:

Gadamer exprime agora, de um modo totalmente sistemático, a nova concepção radical de Heidegger relativamente à compreensão [...]. Abandona-se a antiga concepção de hermenêutica como sendo a base metodológica específica da *Geisteswissenschaften*; o próprio estatuto do método é posto em causa, pois o título do livro de Gadamer é irônico: o método não é um caminho para a verdade. Pelo contrário, a verdade zomba do homem metódico. A compreensão não se concebe como um processo subjetivo do homem face a um objeto mas sim como o modo de ser do próprio homem; a hermenêutica não se define enquanto disciplina geral, enquanto auxiliar das humanidades, mas sim como tentativa filosófica que avalia a compreensão, como processo ontológico – o processo ontológico - do homem. O resultado destas reinterpretações é um tipo diferente de teoria hermenêutica, a hermenêutica filosófica de Gadamer (PALMER, 2015, p. 168).

Assim, antes de se estabelecer uma delimitação conceitual sobre ativismo e garantismo, é imprescindível a adoção da premissa de que cada interprete-aplicador avalia a norma a partir de suas experiências. Noutras palavras, cada intérprete tem seu campo de visão, seu horizonte, delimitado pela

historicidade e, outrossim, sua interpretação é influenciada também pelo objeto, resultando no que Gadamer chamava de fusão de horizontes, dentro do círculo hermenêutico (PEREIRA, 2001, p. 36).

Como destacado por Sales (2018, p. 789), a historicidade é um pressuposto do processo hermenêutico, não podendo ser entendido, contudo, como uma limitação, mas como uma condição de possibilidade da própria realização do conhecimento. Nesse sentido, a historicidade é algo indissociável da razão humana. Analisando a teoria de Gadamer, Moreira e Pereira (2017, p. 33) relembram que não é a história que nos pertence, mas nós é que pertencemos a ela. Com efeito, as pré-compreensões, a fusão entre os horizontes desse intérprete e do texto normativo e, ainda, a necessidade de uma consciência se apresentam como condições de possibilidade da compreensão (NOTTINGHAM; SANTIAGO; DIAS, 2017, p. 197).

Gadamer (2008, p. 388) faz um importante alerta no sentido de que não se pode compreender este círculo hermenêutico como algo metodológico, tendo em vista a própria natureza do processo de compreensão. Não se trata de um diálogo formal, mas uma relação indissociável entre a tradição e o intérprete. A visão de Gadamer funda-se no reconhecimento da finitude da existência humana e da compreensão, além da inserção das experiências individuais em um horizonte temporal e de sentido. O diálogo, a conversação interior com si próprio e com os outros, aponta para a impossibilidade de uma verdade absoluta ou de uma interpretação absolutamente correta, ou seja, atemporal (GRONDIN, 1999, p. 231).

Na modernidade, o cartesianismo pretendeu “igualar a verdade com a garantia metodológica do saber” (GRONDIN, 1999, p. 232). Mas não pode haver verdade dissociada da situação individual e dos questionamentos que cada um se coloca. A busca da verdade absoluta se mostra como um ídolo “metafísico-abstrato”.

Isso não quer dizer que inexista na hermenêutica filosófica qualquer juízo crítico do intérprete. Com efeito, “quando Gadamer refere que o intérprete aplica a tradição a si mesmo está requerendo sublinhar que esse ato é crítico, a saber, não é uma mera reprodução, mas uma aplicação crítica da tradição do intérprete” (MASCARENHAS; SIMÕES, 2017, p. 2558).

Estabelecidas essas premissas fundamentais sobre a hermenêutica, sobre como se concretiza o processo de compreensão de um intérprete, torna-se possível agora esclarecer o que seria realmente uma prática judicial garantista, ou mesmo um desvirtuamento ativista, a partir das diretrizes apontadas por Ferrajoli.

Nesse sentido, um juiz que negue o fetiche da “verdade” objetiva da lei e de seu conteúdo unívoco para efetivar uma democracia substancial não pode ser taxado de ativista - esse é o verdadeiro

juiz garantista. Ativista, por outro lado, é aquele que impõe o seu subjetivismo, os seus valores pessoais e seu ponto de vista singular em detrimento de todo o sistema⁵.

Destaque-se também que a partir dessa concepção sobre ativismo, não se pode compactuar com a percepção de que haveria o bom ativismo ou o mau ativismo. Na verdade, mais uma vez tal deturpação deriva da fluidez conceitual, pois, se um magistrado descumpre com seu mister constitucional, sua decisão não pode ser taxada como ativista do ponto de vista positivo ou negativo. Ou está conforme a Constituição, e não se trata de ativismo, ou do contrário, se entendida como ativista, deve ser rechaçada, pois contraria o próprio texto constitucional.

Finalmente, a partir das conclusões aqui estabelecidas sobre garantismo, ativismo e sobre o próprio processo da compreensão humana, deve-se novamente voltar ao questionamento central deste trabalho: se a interpretação não pode desprezar o papel do intérprete, qual o caminho para que tal compreensão do fenômeno interpretativo não descambe para subjetivismos ou relativismos? Qual o caminho para uma atuação garantista sem a prática nociva do ativismo judicial? A teoria de Ronald Dworkin aponta para uma resposta segura: o Direito como Integridade.

O DIREITO COMO INTEGRIDADE: UM CAMINHO GARANTISTA CONTRA O ATIVISMO JUDICIAL

Ciente de que uma teoria⁶ sobre o Direito para ser sólida precisa, antes de tudo, delimitar com precisão o fenômeno da interpretação, Dworkin (2014, p. 40) critica a ideia de que haveria um consenso dos juristas sobre os significados linguísticos das diversas questões jurídicas, classificando as teorias desenvolvidas com base nesse pressuposto em teorias semânticas do direito.

A compreensão do fenômeno interpretativo recebe na obra de Dworkin um tratamento minucioso, tamanha a importância que o autor atribui a essa questão para a construção de sua teoria do Direito. Segundo Coelho (2014, p. 35), Dworkin deixa claro em sua obra que a interpretação é um dos pontos centrais sobre os quais toda teoria do Direito tem que oferecer uma abordagem convincente, resultando isso na imperiosa necessidade de revisão de diversos conceitos jurídicos anteriormente estabelecidos apartados de uma visão interpretacionista do Direito.

Assim, Dworkin (2014, p. 63) inicia a sua obra “O Império do Direito” enfrentando a questão da hermenêutica, desenvolvendo o que chama de interpretação construtiva, que está voltada aos propósitos da interpretação, e não à sua causa. O foco do processo interpretativo deve se dar no intérprete, e não no autor. Utilizando-se como analogia as obras de arte, a interpretação construtiva está

mais preocupada com os propósitos do intérprete, afastando-se das discussões relativas às intenções do autor dessa obra.

Dworkin (2014, p. 64) faz um importante alerta: concentrar o problema da interpretação no intérprete não autoriza que esse intérprete esteja livre para interpretar de qualquer forma. Com efeito, o objeto da interpretação também exerce, a partir de sua história, uma coerção sobre ele, o que acaba restringindo o processo interpretativo. Neste sentido, apesar de a interpretação construtiva ter por diretriz impor a um determinado objeto um propósito, tornando-o o melhor possível dentro do gênero a que pertença, o processo histórico, o contexto, a tradição acabam limitando a campo de atuação desse intérprete. Assim, segundo Dworkin (2014, p. 64), “a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos”, podendo-se afirmar que, “do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto”.

Trazendo o fenômeno interpretativo para as decisões dos juízes, Dworkin (2014, p. 110) salienta que cada juiz faz a sua interpretação conforme suas convicções sobre o Direito. Porém, um grande número de forças acaba reduzindo essas diferenças e levando o processo interpretativo para um ponto central. Noutras palavras, o objeto também influencia de forma cogente o processo interpretativo em favor da convergência. Essas forças seriam, por exemplo, os paradigmas do direito, a força dos precedentes, os costumes em uma determinada sociedade e o ensino jurídico.

Dworkin (2014, p. 81) divide o processo de sua interpretação construtiva em 3 fases: uma (i) pré-interpretativa, em que são captadas as regras sociais e os padrões que estabelecem um delineamento de um determinado objeto ou prática. Noutras palavras, nesta fase, consideram-se as condições aptas a possibilitar o próprio processo de interpretação; (ii) uma segunda fase chamada de interpretativa, a qual seria uma espécie de justificativa geral para os elementos identificados na etapa anterior. Ou seja, aqui, o intérprete extrai das regras e conceitos sociais que permitiram a interpretação a justificativa para sua atuação; (iii) e, finalmente, uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora, que se caracteriza pelo momento em que o intérprete ajusta “sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” (DWORKIN, 2014, p. 82).

É possível identificar alguns pontos de convergência entre a concepção interpretativa de Ronald Dworkin e a de Hans-Georg Gadamer, figura central da chamada hermenêutica filosófica, explicitada no tópico anterior. Ambos destacam a importância de se compreender o processo hermenêutico como algo que supera a dicotomia entre sujeito e objeto. Outrossim, descartam a possibilidade de obtenção de uma verdade interpretativa predeterminada pela própria natureza do objeto ou de seu criador.⁷

É bem verdade que Dworkin está mais preocupado com a possibilidade de que essa interpretação esteja voltada a um propósito. Gadamer, por outro lado, trabalha mais a ideia de uma interpretação como algo resultante do círculo hermenêutico. Percebe-se na interpretação construtiva de Dworkin um papel mais ativo do intérprete, que deve ficar atento aos princípios de sua comunidade para a escolha da melhor justificativa moral possível dentro desse processo interpretativo. De qualquer forma, quanto ao objeto específico deste artigo, ambos vão de encontro a uma concepção hermenêutica - contestada na primeira parte deste trabalho - de que existiria uma verdade prévia e fixa, inata ao objeto da interpretação ou presente no autor do objeto a ser interpretado.

Nesse mesmo sentido, Salgado e Oliveira (2012, p. 23) também destacam semelhanças entre a interpretação construtiva e a hermenêutica filosófica: a fase pré-interpretativa teria similitudes com as pré-compreensões da hermenêutica filosófica: “ambas são desenvolvidas no tempo e são transmitidas ao presente pela comunidade (Dworkin) ou pela tradição (Gadamer), fazendo parte do cotidiano.” Quanto à fase interpretativa de Dworkin, “percebe-se que o intérprete se esclarece das suas pré-compreensões, pela própria Hermenêutica enquanto fenomenologia do Dasein, e procura, mediante o trabalho da consciência histórica, deixar que o outro fale.” (SALGADO; OLIVEIRA, 2012, p. 23). Finalmente, quanto à última etapa, a pós-interpretativa, “também, aqui, é possível visualizar a influência da Hermenêutica Filosófica em sua ideia de voltar à coisa mesma, ouvir o outro, e perceber o que o fato tem a me dizer.” (SALGADO; OLIVEIRA, 2012, p. 24).⁸

Estabelecidas as premissas interpretativas fundamentais da chamada interpretação construtiva de Ronald Dworkin, e suas áreas de contato com a hermenêutica de Gadamer, é possível agora analisar a sua concepção do Direito como Integridade, identificada neste trabalho como uma teoria do Direito adequada para uma atuação judicial equilibrada.

Dworkin defende ser imprescindível para um entendimento correto sobre a sua teoria do Direito como Integridade o afastamento de outras duas concepções acerca do Direito: o convencionalismo e o pragmatismo. A distinção também é indispensável para a confirmação dos equívocos teóricos e conceituais apontados na primeira parte deste artigo.

Segundo Dworkin (2014, p. 141) a concepção convencionalista do Direito parte do pressuposto de que o Direito “não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo a sua própria ética ou política”. Ou seja, o Direito seria aquilo que as convenções do passado - por exemplo, as leis - teriam estabelecido, e nada mais. Havendo, contudo, lacunas nessas convenções, aí sim os juízes poderiam julgar com discricionariedade, tendo em vista a ausência de direito anteriormente convencionado.

Ora, sendo o Direito uma ciência interpretativa, é difícil acreditar que haveria um consenso sobre o que foi de fato estabelecido em convenção, notadamente quando, como já destacado neste artigo, o processo interpretativo está sempre a chamar o intérprete e seu objeto para um contínuo e histórico debate. Assim, a segurança jurídica suscitada pela concepção convencionalista do Direito é completamente ilusória, e não apenas nos chamados casos difíceis, onde inexistiria convenção, mas até mesmo em casos mais fáceis poderia haver divergências interpretativas sobre o que realmente a convenção prescreve.

Quanto ao pragmatismo, Dworkin (2014, p. 195) o define como uma concepção cética do Direito, pois rejeita a possibilidade de que as pessoas tenham direitos, contribuindo para que os juízes se sintam autorizados a decidir conforme suas opiniões do que for mais benéfico para a comunidade. Assim, os argumentos se apresentam de forma sedutora, pois o pragmatismo sustenta que “as estratégias para perseguir o interesse geral, que parecem óbvias em uma geração, passarão a ser questionadas em outra; portanto, serão naturalmente modificadas no âmbito do processo judicial, e não fora dele” (DWORKIN, 2014, p. 192).

Analisando-se as concepções convencionalista e pragmática do Direito, é possível detectar que os problemas vistos no tópico anterior sobre os conceitos de ativismo judicial e do garantismo estão fortemente relacionados, como já destacado, com uma adequada compreensão do processo hermenêutico e, ainda, pela adoção de uma teoria do Direito capaz de enfrentar a complexa realidade contemporânea, em que as normas constitucionais, muitas vezes fluidas e principiológicas, são dotadas de efetiva força normativa.

A questão da interpretação e compreensão já foi trabalhada à luz da hermenêutica filosófica e da interpretação construtiva. Em relação à teoria do Direito, indispensável se torna a transcrição da própria definição de Ronald Dworkin acerca de sua concepção de Direito como Integridade:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 2014, p. 271).

Percebe-se que a partir da compreensão do Direito como ciência interpretativa, Dworkin constrói sua teoria do Direito como Integridade. O intérprete-aplicador deve realizar seu processo

interpretativo a partir de uma compreensão de uma realidade sempre em desenvolvimento. Deve, portanto considerar os “princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2014, p. 272).

E o que seriam para o mencionado autor esses princípios de justiça, equidade e devido processo legal⁹, indispensáveis a sua compreensão de integridade?

A justiça está relacionada não ao procedimento, mas ao conteúdo das decisões tomadas pelo Poder político. Ou seja, aqui, para Dworkin, há um olhar voltado para o conteúdo material da decisões políticas: uma justiça da distribuição de recursos e oportunidades. (DWORKIN, 2014, p. 200).

Por outro lado, a equidade, para Dworkin (2014, p. 200), é representada pela capacidade do povo de influenciar igualitariamente nas instituições políticas. Trata-se, em última análise, dos procedimentos políticos indispensáveis para a tomada de decisões por parte da sociedade. Verifica-se, aqui, uma abordagem mais formal do fenômeno.

Finalmente, em relação à virtude do devido processo legal, foca-se na regularidade dos procedimentos para julgamento dos membros da sociedade, quando estes porventura vieram a violar as normas instituídas pelo Poder político.

A importância da adequada compreensão desses três princípios para a teoria de Dworkin sobre o Direito como Integridade é fundamental, sendo objeto de estudo detalhado em sua obra “O Império do Direito”:

A justiça, como dissemos, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. A supremacia legislativa, que obriga hércules a aplicar às leis, mesmo quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer. As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneira distintas, questões de devido processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários que seria errado trair ao julga-los depois do fato (DWORKIN, 2014, p. 483).

A teoria do Direito como Integridade, portanto, exige do intérprete-aplicador um olhar voltado para buscar uma adequação entre esses três princípios – justiça, devido processo legal e equidade –, sempre a partir da realidade em que está inserido, e tendo como objetivo final a construção de um Direito que seja capaz de corrigir eventuais disfunções desses mesmos princípios, detectadas no caso concreto:

Um decreto-lei que distribui de modo igualitário a propriedade rural pode ser “justo” mesmo quando promulgado por um governo ditatorial, ou seja, mesmo quando não é “equânime”. Por sua vez, uma lei que estabelece a segregação racial nas escolas públicas pode ser “equânime”, pois aprovada após deliberação por um congresso democraticamente eleito, e ao mesmo tempo ser “injusta” por ferir a igualdade entre seus cidadãos. E mesmo uma lei que estabeleça uma obrigação “justa” e que resulte de um processo legislativo “equânime” pode ser aplicada de modo parcial. Estas seriam as virtudes tradicionalmente associadas ao Estado democrático de direito (OLIVEIRA, 2008, p. 5455-5456).

Como muito bem perceberam Hoffmam, Cavalheiro e Nascimento (2012) “a ideia dworkiniana de integridade do/no Direito não é algo dado a priori, mas que desde-já-sempre se construiu no seio da comunidade, algo que está dado desde sempre aos atores, sejam eles pertencentes ao teatro do jurídico, político ou social”.

A teoria do Direito como Integridade incorpora a ideia do romance em cadeia: “em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante” (DWORKIN, 2014, p. 276).

Ressalte-se, tal como já destacado anteriormente, que a liberdade para concretizar esse “romance em série” não é desregrada ou ilimitada. Nesse sentido, inclusive, Dworkin (2014, p. 281) questiona: “você é livre para pôr em prática suas próprias hipóteses ou atitudes sobre a verdadeira natureza dos romances? Ou é obrigado a ignorá-las por ser escravo de um texto no qual não pode introduzir alterações?” O autor responde aos questionamentos afirmando que o intérprete nem terá a plena liberdade criativa nem mesmo atuará de forma totalmente submissa às coerções mecânicas do texto. Segundo Dworkin (2014, p. 281), “você sentirá liberdade de criação ao comparar sua tarefa com a outra, relativamente mais mecânica, como a tradução direta de um texto em língua estrangeira”¹⁰. A liberdade, porém, não será ampla, pois esse mesmo intérprete vai se sentir reprimido pela própria sequência histórica desse romance em cadeia, não tendo as mesmas opções de escolha de um romancista que inicia uma nova obra, desconectada de qualquer limitação criativa anterior.

A teoria aqui defendida tem o mérito de permitir uma contínua atualização do Direito, contudo, de forma coerente. O juiz em um caso concreto está limitado pelas decisões institucionais do Poder Judiciário tomadas no passado, mas não deve observar apenas isso. Seu norte deve ser a unidade de princípios da sociedade em que vive, podendo em determinadas situações decidir de forma contrária ao que fora anteriormente julgado para buscar a completude do sistema. Ao fazer isso, porém, o capítulo por ele escrito nesse romance não pode resultar em algo totalmente desconectado do que já fora feito,

devendo-se apresentar sempre como uma obra de um único escritor. Repugna-se, aqui, a figura do juiz solipista.

Dworkin (2014, p. 263) chama atenção para o fato de a integridade não poder ser resumida a mera coerência, assim compreendida como o dever de que teria o juiz de julgar da mesma forma casos semelhantes. A integridade seria ao mesmo tempo mais e menos do que a mera coerência. Isso porque a integridade exige que as normas sejam compreendidas como um sistema único e harmônico de justiça e equidade. Assim, “uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo” (DWORKIN, 2014, p. 264).

Finalmente, concluindo sua teoria acerca do Direito com Integridade, Dworkin faz uma importante diferenciação entre duas concepções de integridade, denominando-as de integridade pura e integridade inclusiva, a partir de uma análise dos três princípios acima já destacados – equidade, devido processo legal e justiça.

Nesse sentido, a integridade pura está mais relacionada ao Direito em tese, pois tem o seu foco voltado única e exclusivamente para o princípio da justiça. Noutras palavras, a integridade pura está relacionada a um Direito purificado, unicamente voltado para discussões acerca da adequada distribuição de recursos e oportunidade.

Por outro lado, a integridade que deve ser levada em conta pelos juízes, a partir da vida real e concreta, é a integridade chamada por Dworkin de inclusiva. Com efeito, o juiz tem por mister levar em consideração não apenas o critério da justiça, mas também os demais princípios cogentes da equidade e do devido processo legal.

Com efeito, o Direito como Integridade – aqui entendido como integridade inclusiva – retira do juiz a possibilidade de julgamento apenas a partir do princípio da justiça, pois o magistrado tem o dever constitucional de colocar também em sua balança a supremacia legislativa – princípio da equidade – e, ainda, de observar as regras e os procedimentos existentes no sistema – devido processo legal. O Direito construído, portanto, será resultante deste juízo conglobante, que somente a partir do caso concreto, com suas realidades indissociáveis, indicará o resultado conformativo dos três princípios destacados por Dworkin.

O princípio adjudicativo que governa nosso direito aplica a integridade inclusiva: isso exige que um juiz considere todas as virtudes componentes. Ele constrói sua teoria geral do direito contemporâneo a fim de que reflita, tanto quanto possível, os princípios coerentes de equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo, e de que reflita todos esses aspectos combinados na proporção adequada (DWORKIN, 2014, p. 483).

Após as observações acima explicitadas acerca da teoria do Direito como Integridade, pode-se sintetizar, agora com maior propriedade, às concepções sobre o garantismo e ativismo desenvolvidas na primeira parte deste trabalho, e, ainda, definir com maior segurança o caminho seguro para o enfrentamento dessas questões.

Assim, descartando-se a concepção hermenêutica de que há verdades ocultas nos textos legais e, ainda, adotando-se a teoria do Direito como Integridade, que não se resume à mera coerência, pode-se afirmar que um juiz garantista é aquele que cumpre com seu mister constitucional, rompendo – à luz da teoria de Ferrajoli – com o paradigma arcaico de análise da validade da norma apenas sob os aspectos formais.

Por outro lado, um juiz ativista não é aquele que declara inconstitucional uma lei incompatível com os princípios constitucionais ou que não segue à risca um precedente não mais compatível com os princípios de sua comunidade para atingir um fim determinado ou, ainda, que vai além do “dito pela lei” após a utilização dos métodos clássicos de interpretação¹¹. Um juiz ativista é aquele que rompe com o Direito compreendido em sua integridade, que não observa a unidade de princípios de sua sociedade, escrevendo capítulos incongruentes com a linha central do romance em cadeia do Direito.

Na visão de Dworkin, cabe ao Judiciário decidir por princípios, não lhe sendo possível decidir com base em *policies*, isto é, políticas voltadas para alcançar o bem estar da maioria. Cabe ao sistema de direitos fundamentais funcionar, segundo essa visão, como trunfos contra o poder político, podendo ser invocado para afastar medidas estatais que, ainda que bem-intencionadas, violem direitos individuais. Em Dworkin, portanto, se encontra uma preocupação com o estabelecimento de limites à atuação dos juízes. Um magistrado que seguir o caminho do Direito como Integridade estará sempre garantindo o cumprimento da Constituição de sua sociedade, sem descambar para práticas ativistas, claramente incompatíveis com o Estado democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Os equívocos conceituais acerca da compreensão do garantismo e do ativismo e os problemas reais decorrentes de práticas judiciais ativistas carecem, antes de tudo, de uma compreensão do fenômeno hermenêutico e de uma adequada adoção de uma teoria do Direito capaz de enfrentar os desafios da sociedade contemporânea, em que as normas constitucionais, muitas vezes fluidas e principiológicas, são dotadas de efetiva força normativa.

Em relação à hermenêutica, verificou-se ser indispensável o afastamento da compreensão de que as leis possuiriam verdades ocultas permanentes, capazes de ser extraídas por um intérprete hábil em aplicar os métodos clássicos de interpretação. Assim, concluiu-se que à luz da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, sendo o direito uma ciência interpretativa, cada intérprete-aplicador tem seu campo de visão, seu horizonte, delimitado pela historicidade e, outrossim, sua compreensão é influenciada também pelo objeto, o que acaba gerando limitações ao processo interpretativo.

Constatou-se, ainda, a importância da chamada interpretação construtiva, desenvolvida por Dworkin, que destaca a necessidade de observância de paradigmas ou propósitos compatíveis com a comunidade de princípios em que está inserido o intérprete.

Apesar de haver divergências entre as concepções interpretativas de Gadamer e Dworkin, estando este último mais preocupado com os propósitos da interpretação, ambos combatem o entendimento dicotômico entre sujeito e objeto e, principalmente, rompem com a ideia de que o papel do intérprete seria de identificar uma pretensa verdade objetiva capaz de ser extraída do processo de interpretação.

Dessa forma, concluiu-se que o primeiro passo para a solução dos questionamentos acerca de uma decisão judicial, se ativista ou garantista, deve ser o afastamento peremptório da ideia de que uma lei ou qualquer ato normativo possui um conteúdo indiscutível, acessível através de um raciocínio lógico capaz de conduzir o intérprete a uma verdade objetiva, externa a todo o processo de compreensão do fenômeno jurídico. Representa um erro tentar classificar uma decisão judicial como garantista ou ativista a partir de uma premissa focada na adoção de métodos interpretativos para a obtenção de um ideal objetivo de verdade.

Nesse sentido, em um determinado caso concreto, o afastamento por parte de um magistrado de uma interpretação mais imediata, mais literal, do aparente conteúdo de uma lei, aplicando o Direito dentro de uma perspectiva constitucional contemporânea, poderá configurar a prática de uma conduta garantista, e não ativista.

Quanto ao caminho, ao balizamento, para que tal atividade não descaem para subjetivismos, apontou-se a teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin. Com efeito, concluiu-se ser o Direito como Integridade a estrada a ser percorrida pelo intérprete-aplicador, pois permite uma contínua atualização do Direito, de forma coerente. A teoria de Dworkin é a chave para o fechamento do sistema, o caminho a ser seguido para o afastamento de possíveis subjetivismos ou relativismo decorrentes do processo hermenêutico, sem que resulte em um total engessamento do ordenamento jurídico. O juiz em

um caso concreto está limitado pelas decisões institucionais do Poder Judiciário tomadas no passado, mas não deve observar apenas isso. Seu norte deve ser a unidade de princípios da sociedade em que vive, podendo em determinadas situações decidir de forma contrária ao que fora anteriormente julgado para buscar a completude do sistema, escrevendo, contudo, capítulos sempre compatíveis com a linha central da história do Direito de sua comunidade.

Finalmente, fixadas as premissas interpretativas e teóricas do Direito, concluiu-se que juiz garantista é aquele que interpreta às leis sempre à luz da Constituição, concretizando os direitos fundamentais, indo de encontro ao paradigma arcaico que identifica a validade de uma norma apenas sob o ponto de vista meramente formal. De outra banda, um juiz ativista é aquele que rompe com o Direito compreendido em sua integridade, que não observa a unidade de princípios de sua sociedade, escrevendo capítulos incongruentes com a linha central do romance em cadeia do Direito.

Nesse sentido, o Direito como Integridade é a estrada que deve ser seguida em um percurso garantista de efetivo cumprimento da Constituição, evitando-se práticas judiciais ativistas incompatíveis com o Estado democrático de Direito.

1 O debate sobre tais questões chegou a resultar em um manifesto de agentes públicos, que pode ser consultado no sítio: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/voce-tem-sido-enganado/>.

2 Sobre as recepções equivocadas e distorcidas de doutrinas estrangeiras, cf. STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

3 Sobre esta falta de uniformidade conceitual, cf. ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo – diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, a. 40, abr. 2015, p. 19-45. Cf, ainda, STRECK, Lenio Luiz; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Ativismo e garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.) **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 395-428.

4 Entende-se aqui o mesmo em relação ao garantismo.

5 Não se está defendendo que essas questões não influenciam no ato de julgar do magistrado. Isso seria impossível, diante de sua condição humana. Contudo, tais elementos não podem se sobrepor a todas as limitações que o ordenamento jurídico impõe ao juiz. A relação entre as influências subjetivas do juiz e as limitações cogentes será mais bem desenvolvida na segunda parte deste artigo, a partir das contribuições da teoria de Dworkin.

6 É importante mencionar aqui os ensinamentos de Habermas acerca das diferenças entre uma teoria filosófica, uma teoria do Direito e a dogmática jurídica: “a teoria do direito, ao contrário das teorias filosóficas da justiça, movimenta-se nos limites de ordens jurídicas concretas [...] ela se distingue da dogmática jurídica através da pretensão de produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade.” (HABERMAS, 1997, p. 243-244).

7 Um maior aprofundamento sobre as relações entre a concepção interpretativa de Dworkin e a hermenêutica filosófica de Gadamer, cf. COELHO, 2014. Disponível em: <<http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/905>>. Acesso em: 02 set. 2018.

8 Coelho (2014, p. 19) faz um importante contraponto entre as conexões possivelmente existentes entre a obra de Dworkin e Gadamer. O autor nega a existência de uma relação direta entre os mencionados autores ou mesmo a presença de uma cofiliação teórica. Contudo, reconhece, embora com cautelas, uma afinidade epistemológica entre Gadamer e Dworkin. Coelho destaca, do ponto de vista epistemológico, que a teoria do Direito de Dworkin pode ser “enriquecida” através de uma conexão com a obra de Gadamer nos seguintes pontos: (i) primado da interpretação; (ii) holismo de sentido – interação entre parte e o todo; (iii) reconexão do direito com a ética e a política.

9 Também denominado pelo autor de três virtudes.

10 Sobre a atividade de tradução, é importante destacar a ressalva feita por Palmer (2015, p. 37): “Tal como o deus Hermes, o tradutor é um mediador entre um mundo e outro. O acto de traduzir não é uma simples questão mecânica de encontrar sinônimos. Os resultados ridículos das máquinas tradutoras tornaram isso por demais evidente. O tradutor é um mediador entre dois mundos diferentes. A tradução torna-nos conscientes do facto de que a própria língua contém uma visão englobante do mundo, à qual o tradutor tem que ser sensível, mesmo quando traduz expressões individuais.” Apesar desta ressalva, a analogia de Dworkin não perde a sua validade. Com efeito, ainda que a atividade de tradução não possa ser identificada como algo absolutamente mecânico, Dworkin tem razão quando identifica esse mister como algo bem mais limitado do que a tarefa de um escritor, no momento da criação de um determinado romance.

¹¹ Como já afirmado na primeira parte deste artigo, Kmiec (2004, p. 1464-1476) aponta tais condutas como manifestações de ativismo judicial, no Direito americano.

LAW AS INTEGRITY: A GUIDING WAY AGAINST JUDICIAL ACTIVISM

Abstract

This article aims to discuss the limits of the performance of the judges in the implementation of the Federal Constitution, problematizing on the nature of judicial decisions. In other words, it verifies whether the activity of the judges of the implementation of the constitutional precepts would constitute a practice of judicial activism or if, on the other hand, it would represent the true essence of a guarantor conduct. In this way, it points out to eventual excesses committed by the judges when issuing judicial decisions, seeking a path that does not diminish the attribution that the Brazilian Federal Constitution reserved for the Judiciary. Through bibliographical research and the theoretical references of Luigi Ferrajoli, Hans-Georg Gadamer and Ronald Dworkin, it analyzes the fundamental concepts of “garantismo” (guaranteeism) and activism, within a hermeneutic perspective, as well as the conception of Law as Integrity. From an adequate understanding of these phenomena, a balance is sought in judicial activity, compatible with the democratic State of Law. It is concluded that Ronald Dworkin's theory of Law as Integrity is the way to be pursued by judges for the accomplishment, without excesses, of their constitutional competencies.

Keywords: Activism; “Garantismo”; Philosophical Hermeneutics; Law as Integrity; Balance.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo – diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, n. 40, p. 19-45, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508200/CF88_EC85.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.
- COELHO, André Luiz Souza. Dworkin e Gadamer: qual conexão? **Peri – Revista de Filosofia**, Florianópolis, v. 6, n.1, p.19-43, 2014. Disponível em: <<http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/905>>. Acesso em: 02 set. 2018.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. **THEMIS – Revista de Derecho**, Lima, n. 29, p.119-130, 1994. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11466/11985>>. Acesso em: 20 set. 2018.

- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.
- GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1 v.
- HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa; NASCIMENTO, Valéria. Do normativismo à principiologia na interpretação/decisão jurídica. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p.452-475, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2312/pdf>>. Acesso em: 02 set. 2018.
- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, Berkeley, v.92, n. 5, p.1441-1478, 2004. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- MASCARENHAS, Diego Fonseca; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. Hermenêutica filosófica e os fundamentos morais da ordem constitucional no estado democrático de direito. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p.2544-2569, out. 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27953/21898>>. Acesso em: 30 ago. 2018.
- MOREIRA, Nelson Camatta; PEREIRA, Caleb Salomão. Identidade constitucional, história efetual e tensão existencial: escotose e resistência do sujeito pré-constitucional. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 18, n. 7, p.30-48, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3106/2820>>. Acesso em: 04 set. 2018.
- NOTTINGHAM, Andréa de Boni; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Rocha. Uma análise hermenêutico-garantista das razões de decidir do Supremo Tribunal Federal na aplicação do art. 28 da Lei de Drogas. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 18, n. 7, p.191-213, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3068/2797>>. Acesso em: 10 set. 2018.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. “Direito como Integridade” e “ativismo judicial”: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. In: CONGRESSO DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 17., 2008, Brasília. **Anais...** Brasília: CONPEDI, 2008. p. 5444-5479. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/33059-41582-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2018.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2015.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SALES, José Edvaldo Pereira. Teorias da argumentação jurídica e sua racionalidade: duas incursões críticas a partir da historicidade (Gadamer) e da interioridade (Kierkegaard). **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p.776-798, 2018. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29113/24009>>. Acesso em: 10 set. 2018.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho; OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. Gadamer e Dworkin: confluências entre a hermenêutica filosófica e a interpretação construtiva do direito. In: CONGRESSO DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 21., 2012, Niterói. **Anais...** Niterói: UFF, 2012. p.223-251. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6788076842014c83>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *Terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53/52>>. Acesso em: 02 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da Construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Ativismo e garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 395-428.

Trabalho recebido em 20 de outubro de 2018

Aceito em 24 de fevereiro de 2019