



A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: o uso da leitura moral de Ronald Dworkin em detrimento do princípio da maioria de Jeremy Waldron

55

THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA BY THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT: the use of Ronald Dworkin's moral reading versus Jeremy Waldron's majority principle

José Flávio Fonseca de Oliveira

RESUMO

Propõe a discussão entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre a utilização da leitura moral como método de interpretação dos “casos difíceis” em temas controversos que envolvam questões morais, como é o tema da homofobia, bem como a legitimidade das decisões tomadas por Cortes Constitucionais em detrimento do Poder Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; homofobia -criminalização da; leitura moral; fórum de princípios.

ABSTRACT

The text brings about the discussion between Ronald Dworkin and Jeremy Waldron on the use of moral reading as an interpretation method of “hard cases” on controversial topics involving moral issues, such as homophobia, as well as legitimacy of decisions taken by constitutional courts rather than by the Legislative Branch.

KEYWORDS

Criminal Law; homophobia – criminalization of; moral reading; forum of principles.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e do Mandado de Injunção n. 4.733, nos quais se discutiu o enquadramento das condutas de homofobia e transfobia como crime de racismo previsto na Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Foram duas importantes ações que debateram sobre a discriminação sofrida por lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e outros (LGBT) em razão da identidade de gênero ou da orientação sexual. Violência grave, como homicídios, estupro corretivos e coletivos, lesões corporais graves, agressões contra a honra e muitas outras, decorrentes da intolerância de algumas pessoas.

Partindo dessas ações constitucionais, busca-se articular, neste ensaio, a discussão entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre a utilização da leitura moral como método de solução para casos difíceis em temas controversos que envolvam questões morais e a legitimidade da decisão tomadas por Cortes Constitucionais em detrimento do Poder Legislativo.

[...]o ativismo judicial é a atuação do Poder Judiciário fora de suas atribuições constitucionais com o objetivo de concretizar direitos ou impor obrigações com fundamento em questões de justiça ou morais.

Ronald Dworkin, aprimorando sua teoria da resposta correta, traz para os casos constitucionais debatidos a partir de textos vagos ou ambíguos a leitura moral da Constituição¹. Em suas palavras, esse é um método de ler e executar a Constituição, que todos os juízes fazem uso, consciente ou inconscientemente, os quais devem ser incentivados a assumirem claramente essa posição em julgamento sobre temas morais.

Defendendo o direito como a integridade e a existência de uma resposta correta para cada caso submetido a uma decisão, defende o filósofo americano que a Corte constitucional teria legitimidade para realizar a leitura moral em casos em que há aplicação de textos vagos ou ambíguos. Assim, conforme essa teoria, o Supremo Tribunal Federal teria legitimidade para proferir uma decisão que criminalize as condutas de homofobia e transfobia a partir da aplicação de tipo já existente de racismo, conforme consta da Lei n. 7.716/1989.

Noutro lado da discussão, Jeremy Waldron, sem desconsiderar a leitura moral como método de decisão em casos constitucionais, defende que esse tipo de decisão deve ser tomada pelo Parlamento, com aplicação do princípio majoritário na solução do desacordo. Defende que a decisão pelo Poder Legislativo é mais legítima porque é representativo do povo para quem os representantes eleitos prestam contas.

Além das teorias desses dois filósofos, este ensaio inicia-se com a distinção, ainda que breve, entre ativismo e judicialização da política. Conceitos que tratam da atuação do Poder Judiciário e das Cortes Superiores nas decisões de temas controversos. O ativismo judicial é atribuído a decisões judiciais que, aos olhos dos críticos, não deveria ser tomada pelo Poder Judiciário, mas pelo Poder Legislativo ou executado pelo Poder Executivo. A judicialização da política, por outro lado, é fenômeno de expansão

da atuação do Poder Judiciário para a resolução de questões políticas, de políticas públicas ou administrativas que não foram resolvidas pelos poderes Legislativo e Executivo.

Na parte final deste artigo, faz-se um cortejo das visões dos dois doutrinadores sobre a utilização da leitura moral com o objetivo de legitimar as conclusões trazidas nos votos dos ministros Celso de Mello e Edson Fachin, relatores da ADO n. 26 e MI n. 4.733. Como se verá nesses votos, os ministros relatores, os quais foram acompanhados pela maioria dos ministros, concluíram não haver violação do princípio da legalidade estrita a utilização do crime de racismo previsto na Lei n. 7.716/1989 para abranger as condutas de homofobia e transfobia. Fazem isso utilizando-se da atualização do conceito de racismo, que não abrange apenas a questão da discriminação, relativo à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, como previsto no texto dessa lei federal.

2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O ativismo judicial² surgiu a partir do desenvolvimento do constitucionalismo na metade do Século XIX, em decisões nas Cortes dos Estados Unidos³, quando os juízes passaram a utilizar a Constituição como parâmetro de interpretação e construíram soluções para as demandas apresentadas ao Poder Judiciário.

Em termos conceituais, Barroso (2012, p. 6) defende que *[a] ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes*. Nessa mesma linha de conceituação, Elival da Silva Ramos (2015, p. 131) entende que o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário, resolvendo litígios ou controvérsias jurídicas de natureza objetiva (controle de constitucionalidade), atua além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Isso, no entender do jurista, importa atuação fora da atividade típica desse poder, em detrimento dos demais poderes.

Assim, em uma conceituação abrangente, o ativismo judicial é a atuação do Poder Judiciário fora de suas atribuições constitucionais com o objetivo de concretizar direitos ou impor obrigações com fundamento em questões de justiça ou morais.⁴

Por outro lado, a judicialização da política pressupõe a submissão ao Poder Judiciário de questões políticas *stricto sensu*, de políticas públicas e das relações sociais, que não estão sendo resolvidas ou pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, geralmente sob o argumento do descumprimento da Constituição. É um deslocamento da esfera de decisão dessas questões envolvendo escolhas políticas e políticas públicas que são decididas pelos Poderes Legislativo e Executivo para serem decididas pelo Judiciário.

Para Vallinder (1995, p. 13), a judicialização da política pode significar normalmente ou (1) a expansão dos poderes das cortes judiciais ou dos juízes para resolver questões políticas e ou administrativas, pela transferência dos poderes do legislador, do chefe da administração pública ou dos órgãos da administração para as cortes ou para os juízes; ou (2) a utilização fora do poder judiciário dos métodos de decisão judicial⁵.

Lênio Streck (2011, p. 589) traz, dentro de nossa realidade, essa diferenciação entre ativismo e judicialização da política:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando

o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]).

Assim, o ativismo judicial, ao contrário, parte de uma postura subjetiva do julgador ao adotar uma atitude de julgamento que pode levá-lo a extrapolar os limites de suas funções, enquanto a judicialização da política significa a expansão da atuação do Poder Judiciário para além dos limites de sua competência, mas não pode ser recusada pelo julgador, devendo a demanda posta ser apreciada e julgada conforme as normas constitucionais e legais.

Na verdade, a judicialização da política no Brasil intensificou-se muito com o advento da Constituição Federal de 1988 decorrente, em especial, da ampliação das funções do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, mas não tem causa única.

O Poder Judiciário, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a desempenhar papel central como guardião do Estado democrático e na proteção de direitos vulneráveis, especialmente com a previsão da inafastabilidade da jurisdição.

O Ministério Público deixou de ter atribuição exclusivamente penal e passa a ter funções correlatas ao Poder Judiciário, com atuação em direitos difusos e coletivos, o que eleva a diversidade de áreas de atuação e aumenta a quantidade de demandas para julgamento pelo Poder Judiciário.

A Defensoria Pública foi criada e fortalecida, com carreiras próprias assumindo algumas atribuições que antes eram desempenhadas pelo Ministério Público e pelas Procuradorias dos Estados, e teve, também, uma significativa ampliação de atuação em direitos difusos e coletivo, colocando essas demandas sob a apreciação do Poder Judiciário.

Não se pode, contudo, atribuir aos juízes a judicialização da política, primeiro porque a própria Constituição estabelece a inafastabilidade da jurisdição, que impede aos juízes deixarem de analisar as demandas submetidas ao Poder Judiciário. A Carta Magna estabelece um

rol de direitos e garantias fundamentais que, a partir da teoria da supremacia da Constituição, que não podem deixar de ser considerados nos julgamentos de causas concretas, impondo ao Judiciário, quando constatada uma violação a esses direitos, a apresentação de uma solução da questão judicial litigiosa.

Nesse contexto de ativismo e judicialização da política, é importante expor a teoria da leitura moral de Ronald Dworkin e o direito como integridade, bem como a defesa que Jeremy Waldron faz do princípio da maioria e de que a solução do desacordo, ao contrário de Dworkin, deve ser resolvida pelo Parlamento.

3 A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO EM RONALD DWORKIN

3.1 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A TEORIA DA RESPOSTA CORRETA

No direito como integridade, conforme a teoria de Ronald Dworkin, na obra *O Império do Direito*, o direito é um conceito interpretativo e possui uma prática argumentativa, e, por isso, traz a obrigatoriedade de qualquer decisão ter como referência as decisões do passado, bem como estabelecer coerência com os princípios existentes no ordenamento jurídico⁶.

Em resumo, o direito como integridade firma-se na ideia de que a jurisprudência não pode oferecer respostas diferentes para casos iguais, forte no pressuposto de “igual consideração”, o qual requer que o Estado aspire a uma igualdade material entre os cidadãos, como também segundo o “princípio da responsabilidade especial”, que atribui à própria pessoa uma responsabilidade especial e final por seu sucesso (DWORKIN, 2011. p. XII, XV e XVI).

Dentro dessa base filosófica da organização da sociedade e do direito, a integridade exige que a coerência seja de todo o sistema, abrangendo a continuidade do direito passado e futuro, não somente na aplicação do direito, mas também, como exigência ao legislador, do qual requer a integridade na legislação⁷.

Dworkin, então, defende a teoria da resposta correta, sustentando haver uma única resposta correta para cada caso apresentado para julgamento. Dworkin vai construir essa tese com base em quatro pressupostos.

No primeiro ele sustenta que no di-

reito há de se considerar a moral, cujo ingresso no direito ocorre por meio da positivação de valores morais abstratos, os quais devem ser utilizados tanto pelo Poder Judiciário como pelo Poder Legislativo, bem como a partir de política (*policy*). Contudo, na aplicação do direito, o Poder Judiciário deve priorizar os princípios quando não houver regra aplicável para solucionar o caso, deixando a política (*policy*) para aplicação exclusiva pelo Poder Legislativo, quando estiver legislando e criando o direito.

A partir dessa base fundamental, no segundo pressuposto, o direito a ser sustentado pelos princípios teria duas fundamentações básicas, das quais decorreriam todos os outros princípios, bem como a obrigação das regras a serem lidas nesse contexto: igual consideração e respeito (princípio igualitário) e a responsabilidade pessoal de cada um por sua própria vida (princípio liberal).

O direito é, em um outro pressuposto, um sistema íntegro e coerente, formado por regras e princípios. Nesse sentido, Dworkin faz uma crítica ao positivismo proposto por Herbert L. A. Hart. O cerne da crítica refere-se ao fato de que o positivismo jurídico desconsidera os princípios como normas, mas não o desconsidera na aplicação do direito, especialmente quando o juiz exerce a discricionariedade na solução criada pelos juízes em caso de normas com textura aberta. Dworkin afirma que, no fundo, essas decisões se baseiam em princípios morais, porque os juízes apelam para questões extrajurídicas.

No quarto pressuposto, a teoria da resposta correta deve se relacionar não apenas com as decisões passadas, como defende o positivismo, nem apenas com o que poderá ocorrer no futuro, como tratado pelo pragmatismo, mas com o todo e as partes, denotando a coerência do que já foi decidido no passado (os precedentes judiciais, especialmente no sistema *common law*) e com o direito presente, a partir dos princípios vigentes, de modo a haver uma coerência entre princípios e regras.

Diante desses pressupostos Dworkin apoia-se para desenvolver e aplicar a teoria da integridade e sua teoria da resposta correta, na qual ele criará a figura do Juiz Hércules, juiz com capa-

cidade e paciência sobre-humanas, com tempo ilimitado, que adota o direito como integridade (não é positivista nem pragmático) e tem por objetivo encontrar a resposta correta para a solução das questões que lhe são submetidas.

Hércules é um juiz que vai reconstruir a história do caso a ser julgado, a partir da leitura da constituição e seu conjunto principiológico, da legislação e dos precedentes, para identificar a melhor explicação possível, coerente com o passado e com o presente e que seja fruto da leitura da própria sociedade sobre os princípios aplicáveis ao caso e não de uma leitura pessoal (PEDRON, 2005. p. 74).

Dworkin compreende a interpretação jurídica como uma interpretação construtiva, descartando, portanto, o textualismo, o originalismo e o conceitualismo, pois entende que, na aplicação do direito, o intérprete deve tomar as práticas sociais da melhor forma possível.

Nessa tarefa de uma interpretação criativa traz outra metáfora, a do romance em cadeia, para demonstrar como deve ser o trabalho dos juízes e intérpretes na solução dos casos sob julgamento. A aplicação do direito deve ser como a atividade de um literário que deve dar continuidade a um romance em cadeia.

Em um romance escrito em cadeia, o primeiro romancista escreve o início da história livremente, mas os demais romancistas que continuarão a história devem dar continuidade ao romance, dando-lhe sequência à história de modo que haja coerência e adequação com o que já foi escrito pelo primeiro romancista e, assim pelos demais romancistas em relação à história recebida do romancista anterior, quando for criar um novo capítulo para o romance.

58

[...] a integridade exige que a coerência seja de todo o sistema, abrangendo a continuidade do direito passado e futuro, não somente na aplicação do direito, mas também, como exigência ao legislador [...]

O romancista, ao criar o novo capítulo, deve manter uma coerência formal com a história já escrita pelos romancistas anteriores, mantendo os personagens, a linguagem falada (e.g. regionalismo ou nível cultural) entre outros aspectos, para que não haja ruptura na história. E, ao escrever, deve manter uma coerência substancial, mantendo as histórias de vidas dos personagens, as tramas, além de dar continuidade à história da melhor maneira possível.

Da mesma forma, o juiz ao receber um caso para julgamento, não tem como criar uma nova história e uma nova solução para a questão jurídica sem considerar tudo que já foi escrito por outros juízes no passado e o que as partes trazem para a discussão. O juiz deve buscar reconstruir a história, o que as partes disseram e como se comportaram na época dos fatos. O juiz deve funcionar, ao mesmo tempo, como intérprete e criador, tal como o romancista em cadeia.

O juiz não deve buscar a solução apenas na intenção do legislador, mas também não deve se afastar do que já foi decidido no passado por outros juízes em casos semelhantes ou do que as partes trazem para o processo para criar uma solução para o

caso e vá servir de base para os casos no futuro, sem levar essas informações na interpretação.

3.2 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL MEDIANTE LEITURA MORAL DE RONALD DWORKIN

A base do argumento sobre a leitura moral de Dworkin é de que as grandes questões constitucionais são questões de *como* a Constituição deve ser interpretada, não propriamente *quem* deve interpretá-la. Ou seja, envolve questões de moralidade e de política de interpretação dessa Constituição.

A Constituição americana, a qual fundamenta a base da teoria da leitura moral, traz muitos conceitos vagos em linguagem excessivamente abstrata e, por isso, sustenta Dworkin, que esses dispositivos devem ser lidos na maneira mais natural possível da linguagem empregada.

Assim como na teoria da resposta correta, na concretização das normas constitucionais, em último recurso para superar o problema da vagueza ou ambiguidade, os juristas (juízes, advogados e doutrinadores) devem recorrer à moralidade predominante na sociedade. Com efeito, Dworkin não defende que se deve realizar a leitura moral de todas disposições da Constituição, mas somente daquelas normas vagas ou com linguagem abstrata e que tenham sua redação estabelecidas em conceitos morais.

A leitura moral, segundo o filósofo americano, *é um método particular de ler e executar uma constituição política ... e [...] exige que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases desses juízos, na esperança de que os juízos elaborem argumentos mais sinceros, fundamentados em princípios, que permitam ao público participar da discussão.* (DWORKIN, 2006. p. 57).

A moral que Dworkin sustenta não é nem a dos fundadores da Constituição (os constituintes eleitos) nem dos ministros da Suprema Corte, mas tem por base uma moral crítica, *sustentada a partir da história institucional da comunidade e das práticas interpretativas dos textos e das tradições jurídicas de uma comunidade que se vê como formada por indivíduos livres e iguais.*⁸

E sustenta, ainda, Dworkin (2006. p. 9) que a leitura moral não é antidemocrática, pelo contrário, afirma que, quando se compreende a democracia, percebe-se que a leitura moral é realizada por todos os atores do jogo democrático, não somente pelo legislador ou pelo administrador, mas também pelos advogados e, igualmente, pelas Cortes e pelos juízes.

Assim, como a democracia é o exercício do poder pela decisão da maioria, mas com respeito aos direitos das minorias, a leitura moral, segundo Dworkin (2006, p. 9), torna-se uma atitude indispensável à democracia. Dworkin sustenta que, apesar de o Poder Legislativo ser o competente para estabelecer leis gerais, não se pode recusar que se a Suprema Corte, ao analisar uma lei e considerá-la inconstitucional, essa decisão não estará violando o princípio democrático, mas reforçando-o. Isso porque, quando a Corte retira do ordenamento essa lei que viola as normas constitucionais, na verdade, todos saem ganhando, pois embora tenha sido aprovada mediante votação majoritária, ela viola direitos individuais ou princípios estabelecidos na Constituição.

Além disso, Dworkin (2006, p. 9) afirma que o princípio majoritário é apenas uma forma de concretizar a democracia, mais especificamente a democracia representativa, de modo que nem tudo deve ser resolvido pelo critério da maioria, sob pena de se impossibilitar que as minorias um dia venham a se tornar majorias.

É sobre esse aspecto, dentro da concepção de democracia, que os críticos da teoria de Dworkin abordam a leitura moral e a sua proposta de democracia. Vamos analisar no tópico seguinte no qual Jeremy Waldron discute o princípio majoritário e a recusa da concepção de que o Poder Judiciário é a função do Estado que deve resolver, em última instância, essas questões.

4 A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON AO JUDICIAL REVIEW. O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO

Jeremy Waldron faz uma crítica consistente às ideias de Dworkin e questiona a legitimidade do Poder Judiciário para resolver desacordos morais e para a proteção dos direitos fundamentais. Waldron defende a prevalência do Poder Legislativo, como local apropriado para as decisões sobre direitos.

O cerne da crítica liga-se diretamente à legitimidade democrática das Cortes, que, segundo ele, na resolução dos desacordos morais deságua inevitavelmente para o ativismo. E mesmo quando não é ativista a decisão da Corte, a judicialização tende a mover o *locus* de discussão pública, gerando restrição de participação de atores com ideias plurais, quando decidido pelo Parlamento, o assunto passa a ser decidido por um grupo restrito de magistrados, com linguagem altamente técnica.

A defesa da legislação de Waldron parte da ideia de que os representantes eleitos, unidos, agirão com a finalidade de estabelecer as medidas comuns (legislação), de modo solene e explícito, com respeito à opinião de todos. Waldron em *Law and Disagreement* (1999a) e em *A dignidade da legislação* (2003) busca recuperar o respeito da legislação perante a comunidade e demonstrar que a legislação é uma fonte de direito respeitável.

Nessa discussão, um ponto importante é o desacordo que, segundo

Waldron (1999a, p. 1), é a base de nossa sociedade atual e, para ele, devemos nos debruçar sobre os direitos e sobre como chegar a uma decisão compatível com o princípio democrático.

O filósofo neozelandês, então, defende que a participação é o “direito dos direitos”, citando William Cobbett, mas não como um direito que sempre se sobrepõe aos demais, mas como um direito para solucionar o desacordo entre pessoas razoáveis que discordam sobre seus direitos (WALDRON, 1999a, p. 232).

E essa participação deve ocorrer por meio do legislador, que tem legitimidade para resolver o desacordo social, isso porque o formato em assembleia do povo, por intermédio de representantes, e o processo decisório fazem com que a decisão tenha legitimidade perante toda a sociedade.

Para essa discussão, Waldron (2006, p. 1360), no artigo *The core of the case against judicial review*, de 2006 (p. 1315-1406)⁹, após realizar a distinção entre controle de constitucionalidade forte e controle de constitucionalidade fraco¹⁰, sustenta que existem quatro requisitos para que a legislação seja utilizada em desfavor da jurisdição, quais sejam: (1) a existência de instituições democráticas em estado razoável de bom funcionamento (*democratic institutions*); (2) a existência de instituições judiciais, também em razoável estado de funcionamento, para resolver disputas (*judicial institutions*); (3) compromisso da sociedade e do Estado (funcionários) com os direitos individuais e direitos das minorias (*commitment to rights*), e (4) desacordo, persistente e de boa-fé, sobre os direitos na sociedade (*disagreement about rights*).

A partir desses requisitos, Waldron pretende discutir a importância da legislação e do procedimento de construção da solução das discordâncias, inclusive em questões morais, a partir da legislação ou do procedimento da maioria, em contraposição à teoria da decisão de Dworkin. Nessa crítica, Waldron é incisivo contra Dworkin e contra a utilização da *judicial review* como campo adequado para resolver questões morais.

Acrescenta, ainda, que o processo decisório de legislador deve ser guiado pelo princípio majoritário. Waldron é um verdadeiro defensor do princípio da maioria e questiona se uma decisão do

parlamento, formado por representantes eleitos pelo povo, realmente pratica tirania apenas por ter decidido uma questão controversa pelo voto da maioria. Que legitimidade teria uma Corte para invalidar uma lei que foi votada pelo legislador, quando ele estivesse ciente das discordâncias envolvidas e tenha decidido por um ou outro lado?¹¹

É que, para Waldron, a democracia não deve ser meramente formal ou procedimental, mas sim, deve envolver a participação efetiva dos interessados. Quando há participação efetiva dos interessados nessa decisão, há consideração séria e razoável dos argumentos contrários e isso já legitimaria a decisão tomada pelo processo da maioria.

Embora não haja prevalência do ponto de vista de quem não logrou ver sua posição vencedora, se o processo de aplicação da regra da maioria respeitou o direito de participação (o devido processo), o resultado decorrente da decisão do parlamento será mais respeitado por todos do que quando esse mesmo resultado for decorrente de uma decisão de uma Corte.

Isso, no entender de Waldron, afastaria o risco da tirania. A tirania, na concepção de Waldron (2010, p. 145), ocorre quando uma maioria nega, oprime, discrimina, reduz injustificadamente um direito de uma minoria ou de indivíduos. Para sustentar essa posição, Waldron afirma que nem sempre a maioria decisória é a mesma maioria típica¹², afastando a ideia de que, sempre quando uma maioria decidir um assunto, isso será uma espécie de ditadura da maioria, mas apenas quando a maioria decisória coincide com a maioria típica e a ação visar a diminuição, restrição, opressão ou eliminação de um direito de minorias.

Assim, como se percebe na defesa que Jeremy Waldron faz da legislação, as decisões tomadas pelas Cortes não são legítimas ou são menos legítimas do que se essas decisões fossem tomadas pelos legisladores eleitos e que adotassem o princípio da maioria.

5 A LEITURA MORAL PELO STF NO JULGAMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

O julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26

e do Mandado de Injunção n. 4.733 insere-se nessa discussão, porque alguns deverão entender que a decisão pela criminalização das condutas de homofobia e transfobia como crime de racismo é nitidamente ativista, tendo em sua base uma leitura moral da Constituição em detrimento do Poder Legislativo, que é a função do poder do Estado que deveria resolver essa questão. Outros, embora reconhecendo ter o Supremo Tribunal Federal realizado uma leitura moral, vão sustentar ser legítima a decisão, porque resguarda com mais vigor a democracia, já que protege direitos de minorias que estão sendo violados pela omissão da maioria.

Como visto, a leitura moral é um método de ler e executar a constituição, ou seja, de decisão para questões constitucionais, em que há expressões vagas ou ambíguas nos textos constitucionais, de modo a não caber ao intérprete/aplicador, diante de casos difíceis, decidir conforme sua discricionariedade, mas recorrendo aos princípios morais, políticos ou de justiça predominantes na sociedade.

É por isso que a leitura moral pode ser encarada como uma forma de ativismo judicial, porque trata de resolver questões de interpretação de normas constitucionais a partir da moralidade atual, fazendo prevalecer nem sempre uma interpretação vinca da numa leitura original das normas constitucionais, mas uma leitura atualizada dessas normas e, muitas vezes, com apoio em outras normas, modificando totalmente aquilo que se imagina que seria o direito estabelecido no texto escrito.

A Constituição Federal de 1988, em matéria de direitos individuais, apresenta uma generosa lista de direitos e garantias, com muitos dispositivos, com os quais se busca regular os direitos do cidadão, especialmente contra o Estado, e nisso controlar as funções estatuais, na criação, execução ou aplicação das leis. Contudo, como essas normas são geralmente expostas em textos abertos (com linguagem vaga ou ambígua), não é difícil imaginar a dificuldade para limitar essas funções na aplicação da lei.

Quando há participação efetiva dos interessados nessa decisão, há consideração séria e razoável dos argumentos contrários e isso já legitimaria a decisão tomada pelo processo da maioria.

No caso da ADO n. 26 e do Mandado de Injunção n. 4.733, os requerentes buscavam a declaração de inconstitucionalidade da omissão do legislador em criminalizar a homofobia e a transfobia, apesar da enorme quantidade de crimes praticados em razão da identidade de gênero ou da orientação sexual assumida pelas vítimas.

O Ministro Celso de Mello, ao iniciar o julgamento e proferir seu voto como relator da ADO n. 26 – apesar de sustentar que não houve violação do princípio da legalidade porque não criou novo tipo penal – fez uso da interpretação conforme a constituição (técnica de decisão) para fazer a atualização do conceito de racismo e para incluir como sendo racismo a discriminação contra pessoas que se reconhece LGBT e, assim, propôs que o crime de racismo¹³ da Lei n. 7.716/1989¹⁴ seja aplicado contra condutas praticadas em razão dessa condição.

Observa-se do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, as seguintes conclusões:

Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei n. 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.¹⁵

Em outro trecho há nítida atualização do conceito de racismo, para abranger a homofobia e a transfobia:

Tenho para mim que a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei n. 7.716/1989 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV) – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Nesses trechos é possível identificar claramente a fundamentação em bases morais (ou critérios de justiça) pela qual o Relator Ministro Celso de Mello elevou à categoria de crime de racismo a conduta homofóbica ou transfóbica. O ministro utiliza em seus fundamentos a atualização do conceito de racismo, “numa dimensão abertamente cultural e sociológica” e utiliza-se de decisão passada (o caso *Ellwenger*, HC n. 82.424/RS), em julgamento em que se utilizou também do conceito de racismo, para, com isso, enquadrar os atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei n. 7.716/89.

No outro voto proferido naquela sessão conjunta, pelo Ministro Edson Fachin, relator do Mandado de Injunção n. 4.733, não há divergência dessa linha de argumentação, na qual se reconhece a omissão legislativa, a não violação do princípio da legalidade e a utilização do conceito de racismo para abranger as condutas de homofobia e transfobia.

Desse voto deve-se observar o trecho que retrata a leitura moral:

No que tange ao cumprimento desse dever constitucional contido no art. 5º, XLI, é preciso registrar algumas iniciativas do legislador nacional.

Em relação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, foi editada, em 5 de janeiro de 1989, a Lei 7.716, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Por meio da Lei 10.741, de 2003, deu-se nova redação ao § 3º no art. 140 do Código Penal para tipificar a injúria consistente na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia,

religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Em que pesem as inovações legislativas, não foram tipificadas discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais ligados ao sexo e à orientação sexual. Tal omissão é ainda mais normativamente relevante, especialmente em vista do direito à igualdade, caso se tenha em conta que são distintos os parâmetros de proteção da população idosa ou negra, por exemplo, relativamente à LGBT.¹⁶

Em outras passagens do voto, o relator deixa bem claro a utilização do recurso à ampliação, com base no princípio da igualdade, do conceito de racismo:

No presente caso, no entanto, há uma especificidade que está a indicar que a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que tipifique o ato atentatório, mas também da própria ofensa à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto.

[...]

Por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, impedir ou obstar acesso à órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada, por exemplo, são condutas típicas, nos termos da Lei 7.716/1989. Se essas mesmas condutas fossem praticadas em virtude de preconceito a homossexual ou transgênero, não haveria crime. Afirmar que uma República que tem por objetivo promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação tolera alguns atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, ao tempo em que protege outros, é uma leitura incompatível com o Texto Constitucional.

[...]

Noutras palavras, a igualdade está a nos exigir, enquanto intérpretes da Constituição, que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, seja para afastar a alegação de que judeus não seriam vítimas de racismo, seja para tolerar a apologia ao ódio e à discriminação derivada da livre expressão da sexualidade.

Há uma reivindicação do caráter contramajoritário nesses votos, que

foram acompanhados pelos Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, sob o fundamento da omissão do legislador como violadora dos direitos desse grupo de pessoas que, em razão de suas orientações sexuais e da identidade de gênero, estão sendo atacadas por outros grupos de pessoas. Não se pode, a princípio, identificar quem seja a maioria da população ou dos eleitores que estejam negando o direito desse grupo vulnerável de que trata essas duas ações constitucionais, mas há que se reconhecer uma omissão do Parlamento brasileiro em criar normas que protejam adequadamente esse grupo.

[...] a legitimidade das decisões das Cortes, em temas morais, dá-se em razão de que nelas se debate e se decide em argumentos de princípios, não se recorrendo a razões de *policy* (princípio de política).

Nesse caso, portanto, deve-se reconhecer que a leitura moral foi utilizada no julgamento, porque, em razão da omissão reconhecidamente inconstitucional e da violação de direitos de minorias –, pessoas que têm orientação sexual e identidade de gênero como lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e outros – o Supremo Tribunal Federal realizou a atualização de um conceito (o de racismo) que é, nessa teoria dworkiana, um conceito que demanda interpretação e deve ser considerado um conceito moral, compartilhado pela comunidade política e jurídica brasileira.

Na base desse raciocínio encontra-se a ideia de que a democracia exige igual consideração a todos e, na forma que tem sido tratado os grupos de pessoas identificados como LGBTs, não há igual consideração deferida pelo Congresso Nacional, que não aprova uma legislação contra aqueles que são intolerantes em relação às opções existenciais, que abrange a opção sexual de pessoas pertencentes a um grupo expressivo da população. Essa decisão, conforme a teoria do direito como integridade, concretiza, na verdade, a democracia, pois repara, contra a suposta maioria, o direito das pessoas que exercem o direito de existir na forma que escolheram viver.

Em contraponto, na visão de Waldron, esse desacordo sobre a crimi-

nalização da homofobia e transfobia e o desacordo moral sobre se essas condutas são consideradas racismo não deveria ser resolvido pelo Supremo Tribunal Federal. A resolução dessa questão deveria ser pelo Congresso Nacional, que exerce a função legislativa da União e deveria ter a última palavra nessa questão, principalmente porque tem a responsabilidade política pela representatividade do voto dos eleitores que os elegeram.

A judicialização dessa questão, na verdade, modifica o local do debate sobre considerar ou não a homofobia e a transfobia crime de racismo. Por mais que hoje, no procedimento de controle de constitucionalidade perante o

Supremo Tribunal Federal, haja abertura de participação de interessados no debate, mediante audiências públicas ou *amicus curiae*, nunca será a mesma participação que haveria no parlamento se o tema fosse levado à votação.

Deve-se reconhecer, também, a limitação na extensão da discussão. Para Ronald Dworkin, a legitimidade das decisões das Cortes, em temas morais, dá-se em razão de que nelas se debate e se decide em argumentos de princípios, não se recorrendo a razões de *policy* (princípio de política). Porém, essa limitação não ocorre quando a questão é decidida pelo legislador, que pode utilizar argumento de princípios e argumentos de *policy*, ampliando uma solução conforme o critério da maioria.

É preciso observar que a Constituição proíbe a criação de novos tipos penais senão em virtude de lei anterior (art. 5º, inciso XXXIX¹⁷) e, inegavelmente, a partir da técnica de decisão utilizada no julgamento (interpretação conforme a constituição), no âmbito de interpretação do conceito de racismo presente no texto do crime de racismo previsto na Lei n. 7.716/1989, não há expressões que possam caracterizar a conduta discriminatória de homofobia e transfobia como crime.

E isso é um risco alto que se corre quando se permite a criação de tipos pe-

nais a partir da interpretação de normas já existentes, mesmo com a alegação sincera de que não se estaria criando um novo tipo penal e que se coloque claramente o impedimento de que essa decisão possa valer para casos passados. Nada vai impedir, futuramente, que não se coloque essa barreira de aplicação de tipos penais em que haja ampliação de sua incidência por decisão judicial para fatos pretéritos, por um motivo de política criminal, em utilização, igualmente, da leitura moral.

A proibição de criação de tipos penais senão por meio de lei é para evitar arbitrariedade especialmente de quem vai julgar e quando se permite a criação de tipos penais por intermédio de decisão judicial, seja qual for o fundamento utilizado, não há mais necessidade de respeito a essa norma fundamental da exigência de lei estrita para a proteção do indivíduo.

Não fosse apenas esse argumento, a criminalização da homofobia e da transfobia por meio de lei aprovada pelo parlamento, embora não resolvesse a questão de forma a agradar a todos, teria maior legitimidade, especialmente se todas as opiniões expressadas fossem consideradas, de maneira sincera, nas discussões realizadas durante a tramitação do projeto de lei, para assegurar igual consideração e respeito a todas essas posições.

6 CONCLUSÕES

Este artigo tematiza haver uma tensão entre a legitimidade democrática de decisões (leis, por exemplo) adotadas pelo Poder Legislativo, porque adotam como critério de solução da discordância o critério da maioria e o papel contramajoritário exercido pelas Cortes Constitucionais, que com base em valores objetivos (geralmente os direitos fundamentais) resolve questões com aplicação de princípios, desconsiderando decisões do Legislador e até do constituinte derivado.

Apesar de a leitura moral ser um método utilizado em julgamento com temas morais controversos, expressos em textos vagos ou ambíguos e de não haver controvérsia entre Dworkin e Waldron sobre a utilização da leitura moral, há uma séria divergência sobre o local onde deve ser realizada essa decisão sobre o desacordo, se pelo Parlamento ou pela Corte.

A predominância da última palavra nas Cortes Constitucionais, como, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal no Brasil, é fonte de muitas críticas, especialmente sobre a não legitimidade de seus membros para fazerem escolhas em casos difíceis, porque não são eleitos diretamente pelo povo.

Para os defensores da visão de Ronald Dworkin, os votos proferidos pelos ministros relatores da ADO n. 26 e do Mandado de Injunção n. 4.733, resolvem corretamente a questão da omissão da criminalização da homofobia e da transfobia, porque baseada a decisão em princípios e em direitos fundamentais que vedam a discriminação de minorias pelas majorias, estando presente, nessa situação, a legitimidade da decisão judicial que amplia o conceito de racismo para abranger essas condutas.

Todavia, para os defensores de Waldron, essa postura é prejudicial à democracia, porque somente o legislador teria legitimidade para decidir se criminalizaria ou não essa conduta de homofobia ou transfobia. A decisão do legislador deve ser realizada pelo critério da maioria e deve considerar as opiniões em contrário no debate parlamentar, optando por criminalizar ou não essas condutas, sem que isso represente uma tirania da maioria.

De fato, pode-se concluir que, em caso de criminalização de condutas, por causa de uma proteção expressa em normas de direitos fundamentais, a última palavra deve ser do legislador, o qual deve criar por lei formal o tipo penal que se aplique aos casos concretos específicos da vida dos indivíduos, evitando que decisões judiciais possam criar soluções *ad hoc* para fatos passados sem previsão legal de crime.

Embora a decisão esteja projetando sua aplicação para casos futuros, após a conclusão do julgamento, a criminalização de qualquer conduta por decisão judicial, sem lei anterior definindo um tipo penal específico, cria um alto risco para a democracia poder virar refém de uma decisão futura que criminalize ações passadas, ampliando tipos penais com base em técnicas de decisões, em nítida decisão ativista baseada nos critérios de justiça.

NOTAS

- 1 A leitura moral da constituição é tema do livro *Direito da liberdade* (DWORKIN, 2006).
- 2 A primeira vez que se falou em “ativismo judicial” foi em uma publicação da *Revista Fortune* em que o jornalista e historiador Arthur Schlesinger Jr. escreveu o artigo *The Supreme Court: 1947* ao apresentar uma crítica à atuação da Suprema Corte classificou de um lado os juizes Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge de “ativistas judiciais” (*judicial activists*) e, por outro grupo, os juizes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson de “campeões do autocomedimento” (*champions of self-restraint*). Cf. Hutzler (2018, p. 66).
- 3 O ativismo judicial nem sempre foi considerado uma postura progressista, já que na primeira fase os juizes da Suprema Corte americana tinham uma postura interpretativista e conservadora. Em verdade, nesse primeiro momento, o ativismo judicial se caracterizou como uma reação ao pleito de parcela da sociedade para acabar com a segregação racial, mas a Suprema Corte daquele país negou tal direito (*Dred Scott v. Sandford*, 1857). Também o ativismo, como uma postura reacionária, ocorreu durante todo o período da Corte de Lochner (1905-1937), período em que houve a invalidação de leis de cunho social e quando surgiu o embate sobre o *New Deal*, em que Roosevelt acabou confrontando a Suprema Corte. Da década de 1950 em diante, o ativismo americano inverteu-se totalmente, passando a ser progressista (ex. *Brown v. Board of Education*, 1954; *Miranda v. Arizona*, 1966 e *Roe v. Wade*, 1973), repercutindo em outros países, inclusive no Brasil, a partir da década de 1990, período pós Constituição Federal de 1988. Cf. Barroso (2012, p. 23-32).
- 4 Não se pretende aqui fazer um aprofundamento sobre o conceito de ativismo judicial, pois esse conceito já foi tratado de forma aprofundada por Elival da Silva Ramos e de forma didática por Marcelo Casseb Continentino. Pretende-se, na realidade, apenas polemizar o conceito de ativismo judicial e judicialização da política, porque esses conceitos estão na base das discussões sobre a utilização da leitura moral pelo Poder Judiciário e essa atitude é sempre utilizada como forma de ativismo e, muitas vezes, apenas como uma espécie de judicialização da política.
- 5 No original: *Thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decisionmaking rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.* Cf. VALLINDER, T. *When the courts go marching in*. Cf. Vallinder e Tate (1995, p. 13)
- 6 *O direito como integridade [...] insiste em que as 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.* (DWORKIN, 2014, p. 271).
- 7 *Assim, a coerência de princípio deve valorizar-se por si mesma e estende exigências tanto ao legislador como ao juiz, o que se expressa em dois princípios: o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios, e o da integridade no julgamento, que pede aos responsáveis por*

- decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. Cf. Streck e Motta (2018, p. 54-87). Nas páginas 72 e 73 – excluiu-se as notas de rodapé existentes no original.
- 8 OMMATI, José Emílio Medaur. *Moralidade administrativa e leitura moral do direito*. Disponível em: <https://washingtonbarbosa.com/page/68/?cat=25920>. Acesso em: 20 mar. 2019.
 - 9 Há uma tradução brasileira, na qual também me fundamento, em parte: Waldron (2010) tradução de Adauro Villela.
 - 10 *As diferenças mais importantes são aquelas entre o que chamo de “controle de constitucionalidade forte” e “controle de constitucionalidade fraco”. Meu alvo é o controle de constitucionalidade forte. Em um sistema de controle de constitucionalidade forte, os tribunais têm autoridade para deixar de aplicar uma lei em um processo (mesmo que a lei em seus próprios termos se aplicasse claramente a tal processo) ou para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais (de modo que a lei por si não vislumbra). Além disso, os tribunais, nesse sistema, têm autoridade para instituir como matéria de direito que uma dada lei ou disposição legislativa não será aplicada, de modo que, em consequência da força vinculante dos precedentes e da preclusão da questão, uma lei cuja aplicação foi recusada pelos tribunais torna-se para todos os efeitos letra morta. Uma forma ainda mais forte de controle de constitucionalidade consistiria em dar poderes aos tribunais para excluir totalmente uma lei de uma vez por todas. [...] Em um sistema de controle de constitucionalidade fraco, por outro lado, os tribunais podem examinar minuciosamente a legislação quanto à sua conformidade com direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque os direitos seriam, em caso contrário, violados.* (WALDRON, 2010, p.100).
 - 11 Vamos propor, por ora, que o parlamento esteja amplamente ciente das questões de direitos que um dado projeto levante e que, tendo deliberado sobre o assunto, resolve – por meio de debate e votação – conciliar essas questões de uma maneira específica. O Legislativo posiciona-se de um dos lados de uma ou mais discordâncias que imaginamos na pressuposição quatro. A questão que enfrentamos é saber se essa resolução do Legislativo deveria ser dispositiva ou se há razão para que seja reavaliada ou talvez anulada pelo Judiciário. (WALDRON, 2010, p. 117).
 - 12 *Por maioria ou minoria “decisória” Waldron traz como exemplo os legisladores brancos, quando votam questões e direitos dos brancos em detrimento dos negros. Por maioria ou minorias “tópicas, Waldron faz referência, primeiro ao termo “tópico” que se refere ao tópico do tema/questão e aos grupos majoritários e minoritários cujos direitos entram em jogo no processo de decisão.* (WALDRON, 2010, p. 147 [nota de rodapé n. 129])
 - 13 CRFB de 1988: Art. 5º [...]
 - 14 *XL I – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;*
 - 15 *XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...]*
 - 16 Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989: Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
 - 17 O Supremo Tribunal Federal que disponibilizou uma versão do voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2019.
 - 18 Cópia da síntese do voto do Ministro Edson Fachin disponibilizado pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2019
 - 19 Art. 5º “[...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Syn*)thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26*. Relator: Min. Celso de Mello, 20 de fevereiro de 2019. Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 07 mar. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 4.733*. Relator: Min. Edson Fachin, 20 de fevereiro de 2019. Brasília, DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 7 mar. 2019.
- BUNCHRAFT, Maria Eugenia. Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina de equal protection na jurisprudência da suprema corte americana.

- NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v.30, n.2, 2010, p. 151-169. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12025>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- BUNCHRAFT, Maria Eugenia. O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. *Sequência (Florianópolis)*, Florianópolis, n. 65, p. 155-188, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 ago. 2018.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HUTZLER, Fernanda Souza. *O ativismo judicial e seus reflexos na seguridade social*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.
- MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. 2014. 291 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3148>. Acesso em: 22 jun. 2018.
- OMMATI, José Emílio Medaur. *Moralidade administrativa e leitura moral do direito*. Disponível em: <https://washingtonbarbosa.com/page/68/?cat=25920>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- PEDRON, Flávio Quinaud. A superação da tese do livre convencimento motivado do magistrado em face do dever de busca pela resposta correta na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. *Revista Direito Sem Fronteiras*, Foz do Iguaçu, v. 1, n. 2, p. 55-70, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1808-0670-Direito-sem-fronteiras.html>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- VALLINDER, T; TATE, C. Neal. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University, 1995. *E-book*.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Tradução de Adauro Villela. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luis (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luis Carlos Borges. Revisão de tradução Mariana Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999a. *E-book*.
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, Yale, v. 115, n. 6, p. 1315-1406, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol115/iss6/3>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999b. *E-book*.

Artigo recebido em 12/2/2020.

Artigo aprovado em 8/6/2020.

José Flávio Fonseca de Oliveira é Juiz Federal Substituto da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará e mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.