



TRF2

DC DOCTRINA - HERMENÊUTICA



 (31) 98021-5992

 @juridico.dc

 dcpreparatorio@gmail.com


Jurídico DC

CAPÍTULO 4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

4.1. Introdução à Hermenêutica Constitucional

A **hermenêutica constitucional** é o conjunto de métodos, princípios e técnicas que buscam interpretar e aplicar a Constituição de maneira eficaz, assegurando que suas normas, princípios e valores sejam concretizados na prática. Diferentemente da interpretação infraconstitucional, a hermenêutica constitucional é marcada por sua complexidade e alcance, dado que a Constituição possui características singulares, como a abstração, o caráter principiológico e a supremacia no ordenamento jurídico.

Para compreender melhor o campo da hermenêutica constitucional, é importante abordar dois conceitos fundamentais: a **situação de isomorfia** e a **natureza da atividade interpretativa** no Direito Constitucional.

Situação de Isomorfia: Todas as normas exigem interpretação?

A ideia de **isomorfia** está ligada à doutrina clássica que sustentava que, diante de normas claras, a interpretação seria desnecessária, guiando-se pelo brocardo ***in claris cessat interpretatio*** ("diante de normas claras, cessa a interpretação"). Um exemplo clássico pode ser encontrado no **art. 230, § 2º, da Constituição Federal**, que assegura a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos. À primeira vista, essa norma parece ser de clareza incontestável e, portanto, não demandaria interpretação.

Contudo, a doutrina constitucional contemporânea contesta essa visão. Segundo **Eros Roberto Grau**, "a clareza de uma lei não é uma premissa, mas resultado da interpretação". Para ele, mesmo normas aparentemente claras podem demandar interpretação, pois sua aplicação prática envolve o confronto com realidades diversas que podem gerar dúvidas. Assim, a clareza de um dispositivo legal não é um dado inicial, mas algo que emerge após a análise interpretativa. Essa posição reflete o entendimento de que o Direito é dinâmico e deve dialogar com as transformações sociais e os conflitos concretos.

Por exemplo, na aplicação da norma do **art. 230, § 2º**, podem surgir questões interpretativas: a gratuidade se aplica a todos os tipos de transporte coletivo urbano ou apenas aos municipais? Em cidades que adotam sistemas integrados, quem deve arcar com os custos dessa gratuidade? Essas dúvidas mostram que mesmo normas aparentemente claras podem demandar um esforço hermenêutico para garantir sua efetividade.

A Atividade Interpretativa é Declaratória ou Constitutiva? Produtiva ou Reprodutiva?

Outro debate central na hermenêutica constitucional diz respeito à natureza da atividade interpretativa. Essa atividade é meramente declaratória, no sentido de reproduzir o significado pré-existente da norma, ou é constitutiva, permitindo que o intérprete agregue novos significados?

Historicamente, a **Escola da Exegese**, predominante após a Revolução Francesa, defendia uma visão declaratória e mecanicista da interpretação. O magistrado era considerado a "boca da lei",

desprovido de qualquer margem de criatividade. Essa abordagem foi influenciada pela desconfiança dos revolucionários em relação aos juízes do Antigo Regime, que frequentemente se afastavam do texto legal em benefício próprio.

No entanto, a visão de que o juiz é apenas um reproduzidor do texto legal é insuficiente para lidar com a complexidade do Direito contemporâneo, especialmente no campo constitucional. Segundo **Lenio Luiz Streck**, interpretar a Constituição vai além de revelar sentidos pré-existentes; é um processo de construção que deve respeitar os limites impostos pelo texto, mas também dialogar com a realidade social e com os valores constitucionais.

O Meio-Termo: Interpretação com Base no Texto e nos Princípios

A solução para esse dilema está em um equilíbrio entre as duas posições. Como destaca **José Joaquim Gomes Canotilho**, o texto constitucional é o ponto de partida indispensável para qualquer interpretação, mas ele não pode ser elevado à condição de limite absoluto. O intérprete não cria normas de forma livre, mas também não é meramente passivo. A interpretação constitucional é uma atividade que busca concretizar os valores e princípios consagrados pela Constituição, garantindo sua adaptabilidade às mudanças sociais e políticas.

- **Canotilho** observa que "a Constituição é simultaneamente norma e programa", o que implica que sua interpretação deve buscar concretizar objetivos sociais e garantir a eficácia dos direitos fundamentais.
- **Eros Grau** enfatiza que "a clareza da norma é um resultado, não um dado", destacando a importância da atividade interpretativa mesmo em normas aparentemente isentas de ambiguidades.
- **Luis Roberto Barroso** propõe que a interpretação constitucional deve ser sistêmica e teleológica, priorizando os fins sociais da Constituição e a harmonia do ordenamento jurídico.

A hermenêutica constitucional é uma atividade complexa e indispensável para garantir a efetividade e a adaptabilidade da Constituição. A superação da ideia de isomorfia reflete o entendimento contemporâneo de que todas as normas, inclusive as aparentemente claras, podem demandar interpretação. Além disso, o equilíbrio entre as visões declaratória e constitutiva da interpretação constitucional assegura que o texto seja respeitado, mas sem impedir a concretização de seus valores em contextos dinâmicos e desafiadores. Esse processo, ancorado em métodos e princípios hermenêuticos, é essencial para a construção de um Estado Democrático de Direito efetivo e inclusivo.

4.1.1. Conceito de Hermenêutica e Interpretação Jurídica

A hermenêutica é tradicionalmente definida como a ciência ou arte da interpretação, sendo aplicada no Direito para determinar o significado das normas jurídicas. No campo constitucional, essa atividade ganha relevância especial, pois envolve a interpretação de normas que possuem características únicas, como a supremacia, a abstração e o caráter principiológico.

Interpretação Jurídica no Contexto Constitucional:

A interpretação jurídica constitucional busca compreender o texto constitucional em sua dimensão normativa e valorativa, garantindo sua aplicabilidade prática e a realização de seus objetivos

fundamentais. O trabalho hermenêutico não se limita ao texto, mas também considera o contexto histórico, político, social e cultural no qual a Constituição se insere.

Canotilho define a hermenêutica constitucional como a ciência que busca interpretar a Constituição em sua globalidade, considerando seus valores estruturantes e os princípios que regem o ordenamento jurídico.

4.1.2. A Importância da Hermenêutica no Direito Constitucional

O papel da hermenêutica constitucional transcende a mera aplicação técnica de normas. É por meio da interpretação que se assegura a adaptabilidade da Constituição às mudanças sociais e políticas, preservando sua relevância e eficácia.

Razões para sua relevância:

1. **Supremacia da Constituição:** Como norma suprema do ordenamento jurídico, a Constituição serve de parâmetro para todas as demais normas, exigindo técnicas interpretativas que preservem sua superioridade.
2. **Complexidade e abstração:** As normas constitucionais frequentemente apresentam termos vagos e conceitos abertos (como dignidade da pessoa humana e função social da propriedade), o que demanda um trabalho hermenêutico mais apurado.
3. **Conflitos normativos:** A interpretação constitucional é essencial para solucionar tensões entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais.
4. **Função de transformação social:** A hermenêutica possibilita que a Constituição se adapte às mudanças da sociedade, concretizando seus objetivos, como a promoção da igualdade e da justiça social.

Posteriormente, iremos trabalhar os métodos de interpretação clássicos e específicos.

4.1.3. Diferenças entre Interpretação Constitucional e Infraconstitucional

A interpretação constitucional apresenta peculiaridades em relação à interpretação das normas infraconstitucionais, destacando-se por sua complexidade e amplitude.

Principais diferenças:

1. **Caráter principiológico:**

As normas constitucionais possuem natureza eminentemente principiológica, diferentemente das normas infraconstitucionais, que geralmente possuem caráter mais detalhado e específico.

2. **Abstração e generalidade:**

Enquanto as normas infraconstitucionais possuem linguagem mais precisa, as normas constitucionais utilizam conceitos amplos e valores que exigem maior esforço interpretativo.

3. **Impacto e amplitude:**

A interpretação constitucional afeta todo o ordenamento jurídico, servindo como fundamento para a validade de normas infraconstitucionais.

4. Flexibilidade temporal:

A interpretação da Constituição deve ser dinâmica, considerando o contexto histórico e as transformações sociais, ao contrário das normas infraconstitucionais, cuja interpretação tende a ser mais estática.

4.2. Princípios da Hermenêutica Constitucional

Os **princípios da hermenêutica constitucional** são ferramentas essenciais para a interpretação da Constituição, especialmente devido às suas características de abstração, generalidade e supremacia. Esses princípios guiam a interpretação da resolução de conflitos normativos, aplicando a Constituição em contextos concretos e assegurando a máxima efetividade do texto constitucional.

Unidade da Constituição

O princípio da unidade da Constituição estabelece que **todas as normas constitucionais devem ser interpretadas como partes de um sistema único e consistentemente**, evitando contradições internas. A Constituição não é um conjunto de normas isoladas, mas um sistema integrado, nenhum dispositivo se complementa.

Conforme ensina **José Afonso da Silva** (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 37^a ed., Malheiros, 2020, p. 199), o intérprete deve buscar a harmonia entre os dispositivos constitucionais, considerando que o texto constitucional reflete um conjunto integrado de valores. Por exemplo, o direito à liberdade de expressão (art. 5^o, IX) deve ser compatibilizado com a proteção à honra e à privacidade (art. 5^o, X), evitando que a aplicação de um princípio anule o outro.

Luis Roberto Barroso destaca que a unidade da Constituição exige a busca de soluções interpretativas que preservem a integridade do sistema, ainda que mediante ajustes nas normas conflitantes.

Peter Häberle argumenta que a Constituição, enquanto obra coletiva, reflete múltiplos valores e interesses, devendo ser interpretada de maneira a harmonizar tais pluralidades.

Exemplo Prático:

No julgamento da **ADI 4.650**, o STF reafirmou a unidade da Constituição ao harmonizar o princípio da liberdade de iniciativa com a proteção contra abusos econômicos, declarando inconstitucionais doações eleitorais de empresas privadas, em defesa da igualdade política.

Máxima Efetividade das Normas Constitucionais

Esse princípio determina que as normas constitucionais devem ser interpretadas de maneira a garantir sua maior eficácia possível, especialmente aquelas relacionadas aos direitos fundamentais.

Canotilho explica que a máxima efetividade transforma a Constituição em um programa normativo, exigindo que o intérprete concretize os valores constitucionais. A máxima efetividade

exige que as normas constitucionais não sejam reduzidas a simples declarações de interesse, mas aplicadas de modo a produzir resultados concretos. Por exemplo, o direito à saúde (art. 196) deve ser interpretado de maneira a garantir o acesso eficaz aos serviços de saúde, independentemente das limitações orçamentárias.

Alexandre de Moraes ressalta que a máxima efetividade não pode ser empregada como pretexto para criar direitos inexistentes no texto constitucional, devendo ser aplicada dentro dos limites traçados pela própria Constituição (*Direito Constitucional*, Atlas, 2021, p. 120).

- **Marcelo Neves** adverte que a busca pela máxima efetividade pode gerar conflitos com outros princípios constitucionais, como a reserva do possível, exigindo ponderação cuidadosa (*Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, 2009, p. 210).

Concordância Prática e Harmonização

O princípio da **concordância prática** orienta o intérprete na busca de soluções que conciliem diferentes normas ou princípios constitucionais, preservando ao máximo a essência de cada um.

Conforme **Ricardo Lobo Torres** (*Princípios Constitucionais e Segurança Jurídica*, Renovar, 2006, p. 88), a harmonização exige que a aplicação de uma norma não inviabilize outra. Por exemplo, em casos envolvendo segurança pública e liberdade individual, o intérprete deve buscar soluções que preservem ambos os valores, ainda que com limitações proporcionais. **Peter Häberle** destaca que a harmonização é indispensável nas sociedades plurais, onde diferentes valores constitucionais coexistem e devem ser equilibrados. **Ricardo Lobo Torres** aponta que a concordância prática reflete o caráter integrador da hermenêutica constitucional, promovendo soluções razoáveis.

Exemplo Prático:

No **Caso da Marcha da Maconha (ADPF 187)**, o STF aplicou o princípio da concordância prática para equilibrar o direito à liberdade de expressão e a política de repressão às drogas.

Supremacia da Constituição

A supremacia da Constituição é o fundamento do controle de constitucionalidade e garante que todas as normas do ordenamento jurídico estejam subordinadas ao texto constitucional.

Esse princípio exige que todas as decisões judiciais e atos administrativos estejam em conformidade com a Constituição. Ele legitima a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e sustenta o controle de constitucionalidade.

Hans Kelsen define a Constituição como uma norma fundamental, sendo uma base de validade para todo o ordenamento jurídico.

Proporcionalidade e Razoabilidade

Esses princípios são instrumentos de ponderação utilizados para solucionar conflitos entre normas ou princípios constitucionais, especialmente em situações de questões de direitos fundamentais.



Conceito e Aplicação:

- **Proporcionalidade:** Solicita que os meios utilizados pelo Estado sejam adequados, necessários e fornecidos aos fins pretendidos.
- **Razoabilidade:** Garantir que a aplicação das normas seja equilibrada, evitando arbitrariedades.

Doutrina:

- **Robert Alexy** descreveu a proporcionalidade como uma técnica indispensável para resolver colisões de princípios, preservando a essência de cada um.
- **Gilmar Mendes** observa que a razoabilidade é um recrutamento ético-jurídico que protege o cidadão contra decisões desproporcionais.

Exemplo

No **RE 898.060 (Criminalização da Homofobia)**, o STF utilizou a proporcionalidade para prever a aplicação da Lei nº 7.716/89 aos casos de homofobia, ponderando o princípio da igualdade e a necessidade de proteção contra discriminação.

Prático:

APROFUNDANDO:

Razoabilidade x proporcionalidade:

Embora a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal (STF)** utilize frequentemente os princípios da **proporcionalidade** e da **razoabilidade** de forma sinônima, suas origens e âmbitos de aplicação são diferentes. Ambos desempenham papel crucial na hermenêutica constitucional, especialmente na solução de colisões normativas e no controle da discricionariedade administrativa.

O princípio da **razoabilidade** tem raízes no **common law norte-americano**, vinculado ao **devido processo legal**, em sua dimensão substantiva, no controle da discricionariedade do legislador, de adequação entre meios e fins. A ideia de razoabilidade no direito deriva do conceito amplamente conhecido de **razoabilidade social**, na obra de **John Rawls**, que exerceu enorme influência nas ciências sociais dos Estados Unidos:

Inicialmente, restringia-se ao controle processual, ligada aos direitos de contraditório e ampla defesa. Posteriormente, passou a ser um instrumento material de controle da constitucionalidade, verificando a harmonia entre os meios utilizados e os fins pretendidos pelo legislador. Segundo **Luis Roberto Barroso** (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 6ª ed., Saraiva, 2020, p. 256), o princípio da razoabilidade nos Estados Unidos emergiu como meio de garantir que o legislador não exceda os limites impostos pelo processo legal.

O razoável (com sua ideia de reciprocidade) não é altruísmo (consistindo a conduta altruísta em agir exclusivamente em favor dos interesses dos outros) nem o mesmo que preocupação consigo mesmo (e mover-se somente pelos próprios fins e afetos). Numa sociedade razoável, ilustrada da

forma mais simples possível por uma sociedade de iguais em questões básicas, todos têm seus próprios fins racionais, que esperam realizar, e todos estão dispostos a propor termos equitativos, os quais é razoável esperar que os outros aceitem, de modo que todos possam beneficiar-se e aprimorar o que cada um pode fazer sozinho. Essa sociedade razoável não é uma sociedade de santos nem uma sociedade de egoístas. É parte de nosso mundo humano comum, não de um mundo que julgamos de tanta virtude que acabamos por considerá-lo fora do nosso alcance (RAWLS, 2000, p. 98). RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

Por outro lado, o princípio **proporcional** tem origem no **direito alemão**, inicialmente como limitador da discricionariedade administrativa. Conforme Barroso (2020, p. 256), sua aplicação constitucional surgiu apenas após a promulgação da **Lei Fundamental de Bonn de 1949**, momento em que o Tribunal Constitucional Alemão passou a utilizá-lo para controlar a atuação legislativa. A doutrina alemã, consolidada por **Robert Alexy** (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, Malheiros, 2015, p. 90), subdivide o princípio em três máximas: **adequação**, **necessidade** e **proporcionalidade em sentido estrito**, que servem de guia para a ponderação de interesses.

1. A Razoabilidade no Direito Norte-Americano.

Nos Estados Unidos, a razoabilidade encontra fundamento no controle de constitucionalidade realizado pelo **judicial review**, mecanismo essencial para garantir a supremacia da Constituição. O conceito de razoabilidade social, amplamente explorado por **John Rawls** (*O Liberalismo Político*, São Paulo: Ática, 2000, p. 98), **fornece base teórica ao princípio, destacando a ideia de reciprocidade e equilíbrio em uma sociedade de iguais**. Rawls argumenta que a razoabilidade não se confunde com altruísmo nem egoísmo, mas representa uma disposição para proporcionar termos que beneficiem coletivamente todos os envolvidos.

Barroso (2010, p. 256) nos ensina que o princípio da razoabilidade, num primeiro momento, teve caráter puramente procedimental, já que ligado à ideia de devido processo legal, associado, basicamente, aos direitos de contraditório e ampla defesa. Apenas num segundo momento é que se fala em um caráter mais material do princípio, “por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador” (Barroso, 2010, p. 256).

Assim é que o princípio da razoabilidade, nos Estados Unidos, a partir de se incutir no legislador a ideia de harmonia entre meios e fins, acaba tendo a função de controlar a constitucionalidade das leis.

2. A proporcionalidade na Alemanha.

Na Alemanha, diversamente do que ocorreu nos Estados Unidos, o princípio da proporcionalidade vinculava-se à preocupação de controle dos atos administrativos. Barroso (2010, p. 256) explica essa divergência com relação ao direito norte-americano:

Como visto, a razoabilidade surge, nos Estados Unidos, como um princípio constitucional que servia de parâmetro para o judicial review (controle de constitucionalidade). Na Alemanha, ao revés, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo,

funcionando como limitação à discricionariedade administrativa. É natural que lá não tenha surgido como um princípio constitucional de controle da legislação. É que até a segunda metade do século XX, como visto, vigorava na Europa continental a ideia de que a soberania popular se exercia por via da supremacia do Parlamento. Como consequência, não era possível conceber o princípio da proporcionalidade como fundamento de controle judicial da atuação do Parlamento, mas apenas dos atos administrativos.

Somente após a Lei Fundamental de 1949 esse quadro se alterou. A doutrina alemã divide o princípio da proporcionalidade em três máximas parciais ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

2.1. Adequação

A adequação traduz a relação entre meio adotado e o fim pretendido com a adoção da medida. Assim, o meio deve ser apto para o alcance da finalidade pretendida. O Judiciário apenas intervém nos casos em que a medida for inequivocamente desproporcional, pois não pode imiscuir-se em atividades dos poderes públicos para determinar qual seria a melhor medida.

Nessa linha de pensamento está a doutrina do processualista Fredie Didier Júnior (2007, p. 36), para quem o princípio da adequação busca verificar se a medida empregada representa o meio certo para levar a cabo um fim almejado, sendo esta verificação uma das mais importantes etapas de aplicação do princípio da proporcionalidade. Barroso (2010, p. 260) concorda com esse pensamento, afirmando que a adequação consiste na “idoneidade da medida para produzir o resultado visado”.

2.2. Necessidade

A necessidade é igualmente denominada de exigibilidade ou princípio da menor ingerência possível. Aqui, o meio utilizado deve ser o menos gravoso possível. Desta forma, a norma de solução apenas será legítima se o conflito for real, não havendo a possibilidade de estabelecer uma forma de convivência simultânea das normas em conflito.

Barroso (2010, p. 260) fala em necessidade ou exigibilidade da medida, “que impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados”.

2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Também denominado de ponderação de interesses, esta máxima parcial preconiza que o juiz, para solucionar o conflito existente entre as normas, deverá verificar qual delas deverá prevalecer no caso concreto. Assim, a aplicação de um juízo de ponderação de interesses volta-se precipuamente para a análise do caso concreto e constitui-se em eficiente mecanismo de legitimação das decisões judiciais.

Quanto a esse subprincípio, afirma Barroso (2010, p. 260):

Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. Se o Poder Público, por exemplo, eletrificar certo monumento de modo a que um

adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido – o patrimônio público – e o bem jurídico sacrificado – a vida – torna inválida a providência.

A possibilidade de controle jurisdicional do legislador e sobretudo, de ponderação de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, mesmo que principiológicas, em claro sentido valorativo de importância, não é imune a críticas. Nesse sentido, por exemplo, Habermas.

Como se sabe, Jürgen Habermas, em “Direito e Democracia entre facticidade e validade”, critica a concepção dos direitos humanos como bens ou valores que podem ser objeto de ponderação pelo Tribunal Constitucional, o que tornaria esse órgão um negociador de valores, evoluindo para uma “instância autoritária” que invadiria a competência do legislador. Criticando a jurisprudência de valores, afirma que ela “levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Bökenförd analisam, tomando como referência a prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. Perry chega a essa conclusão, reinterpretando arrojadamente os direitos fundamentais, que deixam de ser princípios deontológicos do direito para se tornarem bens teleológicos do direito, formando uma ordem objetiva de valores, que liga a justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida: ‘Judicial review is a deliberately countermajoritarian institution’.” Dessa maneira, “ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores matérias, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.” Como para Habermas normas e princípios possuem uma força de justificação maior que os valores, “uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores, e, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários. “O perigo da relativização dos direitos fundamentais cresce na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores, porque, neste caso, “os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.”. No caso de uma colisão de normas, os direitos fundamentais, “ao serem levados a sério em seu sentido deontológico”, não deveriam ceder sob uma análise funcionalista, baseada em custos e benefícios.

Além disso, a expansão do uso da proporcionalidade para outras situações que não a ponderação de princípios leva ao decisionismo judicial, que viola a democracia.

Em termos mais simples: o que diferencia o nosso direito de outros direitos existentes em outras culturas e outros tempos históricos é, exatamente, a impossibilidade de “decisões salomônicas”, como bem lembra João Maurício Adeodato. A vedação de non liquet impõe à dogmática uma espécie de tarefa: os problemas jurídicos precisam de uma solução decisional. Essa é a questão. A Katchanga, no fundo, representa esse fator de decisão que, como desmascarava Warat, não pode ser encontrada a partir de uma análise pedestre dos textos que compõem os códigos e a legislação de uma maneira geral. Há uma plêiade de fatores a influenciar a decisão que ficam de fora dessas análises estritas do fenômeno jurídico e do modo de se retratar, tradicionalmente, o papel da

dogmática jurídica. Por certo que, atualmente, nossa tarefa, enquanto viventes de uma democracia constitucional, é criar as condições para a extirpação de qualquer tipo de decisionismo. E a Katchanga Real, pós-exegética, corre o risco — efetivo — de ser decisionista, discricionária, solipsista, arbitrária... Exatamente por isso é que já não a uso de há muito, em face desse alto fator de risco deciso-solipsista que parcela da doutrina assumiu, recepcionando, equivocadamente, a Wertungsjurisprudenz (jurisprudência dos valores), a Teoria da Argumentação Jurídica, que se transformou na “pedra filosofal da interpretação” (d’onde a disseminação descriteriosa da ponderação de valores) e um certo realismo jurídico, problemática que explico em trinta páginas na introdução da 4ª Edição do Verdade e Consenso, para onde me permito remeter o fiel, crítico e inteligente leitor desta coluna hebdomadária.

Por isso, minha cruzada, de há muito, está assentada na necessidade de se criar anteparos à atividade decisória, num contexto democrático de legitimação (é a Teoria da Decisão que proponho). Uma justificação que, com Dworkin, podemos dizer que deve ser a que melhor retrata o direito da comunidade

4.3 Métodos de Interpretação da Constituição

Os métodos de interpretação da Constituição são ferramentas indispensáveis para compreender o significado do texto constitucional, especialmente diante de sua característica principiológica e aberta. Diferentemente das leis ordinárias, a Constituição exige um processo interpretativo mais complexo, que leve em conta sua supremacia, generalidade e a função de organizar o Estado e proteger os direitos fundamentais.

Os métodos interpretativos não são excludentes entre si. Ao contrário, podem e devem ser aplicados de forma complementar, permitindo ao intérprete extrair da Constituição o significado mais adequado para cada caso. Segundo **Luis Roberto Barroso** (2020, p. 217), "a interpretação constitucional deve buscar a realização do texto e dos princípios que dele emergem, garantindo sua compatibilidade com a realidade social e a supremacia da Constituição". Assim, analisaremos os principais métodos de interpretação constitucional, explorando seus fundamentos, aplicações e críticas.

4.3.1 O Método Gramatical ou Literal

O método gramatical é o mais antigo e consiste na análise do texto normativo a partir de sua literalidade. Busca compreender o significado das palavras e expressões empregadas na norma, considerando seu sentido comum ou técnico. Segundo **José Afonso da Silva** (2021, p. 122), esse método é essencial como ponto de partida para qualquer interpretação, uma vez que a Constituição deve ser lida a partir do que efetivamente dispõe.

No entanto, o método literal tem suas limitações. A linguagem constitucional, frequentemente abstrata e aberta, pode gerar múltiplas interpretações. Por exemplo, o art. 5º, inciso II, da CF/88, que dispõe que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", não esclarece quais normas têm força de lei. Nesse caso, o método literal é insuficiente para resolver o problema interpretativo, exigindo a complementação por outros métodos.

4.3.2 O Método Histórico

O método histórico busca interpretar o texto constitucional com base no contexto em que foi produzido, incluindo os debates da Assembleia Constituinte. Para **Gilmar Mendes**, a análise histórica permite compreender a intenção original do legislador, servindo como um guia interpretativo importante, mas que não pode engessar a Constituição em uma visão ultrapassada.

Um exemplo é a interpretação do art. 226, § 3º, que reconhece a união estável entre homem e mulher. No contexto de 1988, esse dispositivo refletia os valores sociais da época. Contudo, no julgamento da ADI 4277, o STF reinterpretou a norma à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar. Esse caso demonstra que o método histórico deve ser usado em conjunto com outros métodos para assegurar a atualização do texto constitucional.

4.3.3 O Método Sistemático

O método sistemático analisa a Constituição como um todo, considerando a unidade e a coerência do ordenamento jurídico. Para **Canotilho**, "a Constituição deve ser interpretada como um sistema normativo integrado, onde as normas se complementam e se harmonizam". Esse método é particularmente útil em situações de aparente conflito entre normas constitucionais.

Um exemplo marcante é a interpretação do art. 37, inciso XI, que trata do teto remuneratório no serviço público. O STF, ao harmonizar esse dispositivo com o princípio da eficiência administrativa, definiu critérios claros para evitar que o teto prejudique a qualidade dos serviços prestados à população. Esse caso demonstra a importância de buscar a integração entre as normas constitucionais.

4.3.4 O método lógico

O método lógico de interpretação constitucional busca avaliar a **relação intrínseca entre os elementos da norma constitucional e o raciocínio estruturado do intérprete**, considerando como esses elementos interagem para produzir um entendimento coerente e racional. Esse método exige do intérprete uma abordagem que vai além do texto normativo isolado, conectando a norma à sua lógica interna, com base em premissas claras e deduções coerentes. **Savigny**, em sua obra sobre os métodos de interpretação, diferenciou o método lógico do sistemático, ressaltando que, enquanto o sistemático busca a **unidade e coerência das conexões do ordenamento jurídico (externo ao agente)**, o método lógico refere-se à **unidade de estruturação do pensamento do intérprete (interno ao agente)**.

Dessa forma, o método lógico trabalha para compreender a norma em sua totalidade, alinhando-se a outras formas de interpretação, como a histórica e a sistemática. Por exemplo, enquanto o

método histórico busca compreender a norma a partir de seu contexto de elaboração e da ideologia predominante na época, o método lógico considera **como essas intenções históricas se refletem nas estruturas normativas** e nos princípios subjacentes do ordenamento.

José Afonso da Silva aponta que o método lógico desempenha um papel central em situações em que a norma parece contraditória ou ambígua. Nesse caso, o intérprete deve aplicar o raciocínio lógico para resolver antinomias aparentes, sempre garantindo que a interpretação esteja **alinhada aos objetivos e princípios constitucionais mais amplos**. Para ele, a lógica interna da norma serve como uma âncora interpretativa, especialmente em contextos de colisão de direitos fundamentais.

Canotilho, por sua vez, observa que o método lógico é essencial em constituições analíticas, como a brasileira, onde a densidade normativa frequentemente exige do intérprete uma habilidade maior para **organizar o pensamento de forma estruturada e lógica**, garantindo a unidade interpretativa em um texto com múltiplas camadas de significado.

Um exemplo clássico da aplicação do método lógico é o **juízo**, no qual o STF analisou o alcance da imunidade tributária para livros digitais. A norma constitucional (art. 150, VI, "d") previa a imunidade apenas para livros impressos. O STF, ao utilizar o método lógico, avaliou o raciocínio subjacente à imunidade tributária (promover o acesso à educação e à cultura) e concluiu que os livros digitais deveriam ser igualmente protegidos, já que o avanço tecnológico não modifica a essência do bem jurídico tutelado. Essa decisão ilustra como o método lógico conecta os objetivos da norma ao raciocínio do intérprete, produzindo uma interpretação coerente com os valores constitucionais.

Outro exemplo relevante é a aplicação do método lógico no controle de constitucionalidade de normas que aparentam restringir direitos fundamentais. No julgamento da **ADI 4275**, o STF analisou a constitucionalidade de dispositivos do Código Civil que restringiam a alteração do nome de pessoas transexuais sem a necessidade de cirurgia de redesignação sexual. Utilizando o método lógico, o Tribunal verificou que a restrição era incompatível com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da igualdade (art. 5º). A lógica interna da norma constitucional indicava que a interpretação deveria preservar os direitos fundamentais, mesmo que isso implicasse uma leitura mais ampla dos dispositivos legais.

Em resumo, o método lógico de interpretação desempenha um papel indispensável na hermenêutica constitucional, oferecendo uma abordagem estruturada e racional para a análise de normas constitucionais. Ele se diferencia de outros métodos ao focar na **organização do pensamento do intérprete**, permitindo a aplicação de premissas claras e deduções coerentes, sempre alinhadas aos objetivos fundamentais da Constituição. Contudo, como ressalta **Gilmar Mendes**, o método lógico não deve ser utilizado isoladamente, mas em harmonia com os demais métodos, garantindo que o intérprete alcance a solução mais justa e equilibrada para os casos concretos.

Veja bem, até aqui todos os métodos foram desenvolvidos e criados por Savigny.

4.3.5 O Método Teleológico ou Finalístico

O método teleológico, também chamado de finalístico, busca interpretar a norma constitucional a partir de sua **finalidade essencial**, isto é, dos objetivos que o constituinte pretendeu alcançar ao instituí-la. Esse método é especialmente relevante no contexto constitucional, dado que os textos constitucionais frequentemente estabelecem **metas amplas e programáticas**, voltadas para a transformação social e a promoção dos valores fundamentais do Estado. **Luis Roberto Barroso** ressalta que a interpretação teleológica desempenha um papel central na hermenêutica constitucional, pois permite que o **intérprete extraia da norma não apenas sua literalidade, mas também seu propósito**, garantindo a realização prática de suas disposições.

A Constituição Federal de 1988, com seu caráter dirigente, é um exemplo claro da importância do método teleológico. Os **objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil**, expressos no art. 3º da CF/88, estabelecem diretrizes como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização. Esses objetivos devem ser utilizados como parâmetro para interpretar normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais, políticas públicas e outras obrigações estatais.

Kildare Gonçalves Carvalho observa que o método teleológico é particularmente útil em situações em que o texto normativo apresenta lacunas ou ambiguidades. Nesses casos, o intérprete deve considerar o contexto histórico e social da norma, além de suas finalidades subjacentes, para oferecer uma interpretação que promova os valores constitucionais. Esse método não se limita à aplicação literal da norma, **mas exige do intérprete uma visão sistêmica e prospectiva, alinhada aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico**.

Canotilho também destaca a relevância do método teleológico em constituições de caráter programático, como a brasileira. Para ele, a interpretação finalística deve buscar a concretização dos direitos fundamentais e dos objetivos do Estado, mesmo que isso implique uma ampliação interpretativa do texto constitucional. No entanto, Canotilho alerta para os riscos de arbitrariedade na aplicação desse método, caso o intérprete não esteja comprometido com os princípios estruturantes da Constituição, como a legalidade e a separação de poderes.

Além de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, o método teleológico também é aplicado em questões de políticas públicas. No julgamento da **ADI 5595**, o STF analisou a aplicação do piso salarial dos professores da educação básica, estabelecido pela Lei nº 11.738/2008. Utilizando o método teleológico, o Tribunal considerou que a valorização do magistério público, prevista no art. 206, V, da Constituição, era essencial para assegurar a qualidade da educação, mesmo diante de alegações de impacto financeiro por parte dos entes federativos.

No entanto, o método teleológico não está isento de críticas. **Gilmar Mendes** aponta que, em algumas situações, sua aplicação excessiva pode levar ao chamado **decisionismo judicial**, no qual o Judiciário, sob o pretexto de promover os fins constitucionais, ultrapassa os limites de sua atuação e interfere na esfera de competências dos outros poderes. Essa crítica ressalta a importância de que a interpretação teleológica esteja sempre fundamentada nos princípios constitucionais e respeite a separação de poderes.

4.4 Métodos de Interpretação Constitucional Segundo JJ Canotilho

A interpretação constitucional requer métodos específicos que vão além das técnicas utilizadas para normas infraconstitucionais. O constitucionalista **José Joaquim Gomes Canotilho**, ao analisar a complexidade e especializações da Constituição, destaca uma série de métodos de interpretação que busca conciliar o texto constitucional com a realidade social, histórica e axiológica. Esses métodos refletem abordagens inovadoras para lidar com as normas constitucionais, muitas vezes marcadas por alto grau de abstração e generalidade.

José Joaquim Gomes Canotilho apresenta métodos que refletem a especificidade da interpretação constitucional, considerando tanto os métodos tradicionais quanto as abordagens contemporâneas que lidam com a complexidade das normas constitucionais. Esses métodos são fundamentais para garantir que a interpretação das normas constitucionais atenda às demandas práticas e preserve a essência do texto constitucional.

O **método jurídico**, também chamado de hermenêutico-clássico, parte do pressuposto de que a Constituição é uma lei e, portanto, deve ser interpretado pelos mesmos instrumentos aplicados às normas infraconstitucionais. São utilizados elementos como o literal (gramatical), que analisa a redação do texto; o histórico, que investiga o contexto em que a norma foi elaborada; o sistemático, que considera as relações da norma com outras disposições constitucionais; e o teleológico, que busca compreender a especificamente da norma. Esse método é um ponto de partida indispensável, mas, segundo Canotilho, não é suficiente para abordar as especificidades da Constituição, que exige um olhar mais amplo e contextualizado.

I. Método tópico-problemático

Foi idealizado por **Theodor Viehweg**, colocando ênfase no problema enfrentado. A **tópica é uma invenção**, uma técnica mental de pensar o problema com o objetivo de solucioná-lo. Inverte a lógica tradicional a partir do problema concreto e não do texto normativo. Ele assume que as normas constitucionais possuem caráter fragmentário e alta abstração, não sendo possível uma simples subsunção entre fato e norma.

O fundamento teórico desse método reside na noção de que a Constituição, por sua natureza, não consegue prever e regular todas as situações possíveis. As normas constitucionais possuem um **caráter fragmentário e elevado grau de abstração**, muitas vezes expressando valores e princípios que exigem uma aplicação contextual para ganhar concretude. Por essa razão, o método tópico-problemático entende que o intérprete deve partir do problema específico e **encaixá-lo na moldura normativa constitucional**, buscando uma solução mais justa e adequada.

O método tópico-problemático parte das seguintes premissas:

- A primeira premissa estabelece que a **interpretação constitucional deve ter caráter prático, resolvendo o problema concreto.**
- A segunda premissa estabelece que **as normas constitucionais possuem um caráter fragmentário**, sem abranger todas as situações capazes de ocorrer, mas apenas aquelas com alto grau de abstração e generalidade.

• A terceira premissa **estabelece que não é possível fazer apenas a subsunção do fato à norma constitucional.** O ponto de partida deve ser o problema, e não a norma.

Diante dessas premissas, o método tópico-problemático se desenvolve. Para tanto, o intérprete deverá encaixar o problema que se quer resolver dentro da Constituição. A partir daí, o intérprete reputará como justa a resolução do problema extraído do texto constitucional.

A crítica que se faz ao método tópico-problemático é que há um casuísmo sem limites, em razão de que cada problema é diverso dos demais.

A prática desse método pode ser ilustrada em casos de judicialização da saúde, como garantia de medicamentos ou tratamentos de alto custo. Embora o **art. 196 da Constituição Federal** dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, sua aplicação a situações concretas exige um confronto com questões práticas como orçamento público, igualdade de acesso e urgência de tratamento. Nesse contexto, o método tópico-problemático leva a interpretar a partir do problema — a necessidade do paciente — e a buscar uma solução compatível com os valores constitucionais, mesmo que o texto normativo não forneça respostas diretas.

Características Principais

1. **Primazia do problema sobre o texto** : Ao invés de partir da norma, o intérprete analisa o problema concreto, adaptando a norma à realidade do caso.
2. **Caráter prático**: A interpretação é externa para a solução de questões reais, privilegiando o resultado mais adequado ao caso.
3. **Flexibilidade interpretativa**: Reconhece-se que a Constituição não é um código fechado, mas um sistema aberto de normas e princípios, permitindo maior adaptação às demandas sociais.

Críticas e Limitações

Embora o método tópico-problemático seja valorizado por sua **praticidade** e capacidade de adaptar a interpretação constitucional às necessidades concretas, ele enfrenta críticas diversas. Uma das principais é o **risco de casuísmo ilimitado** , já que cada problema pode levar a interpretações distintas e, potencialmente, conflitantes. Essa flexibilidade, embora útil em casos complexos, pode gerar insegurança jurídica, pois interpretações baseadas exclusivamente em problemas específicos podem desconsiderar a coerência e integridade do sistema jurídico.

Além disso, a ausência de um ponto de partida normativo pode enfraquecer a legitimidade da decisão, dando margem a acusações de ativismo judicial ou subjetivismo excessivo. **José Joaquim Gomes Canotilho** alerta para o perigo de soluções baseadas apenas no problema, sem ancoragem sólida no texto constitucional, afirmando que “a Constituição não pode ser reduzida a um mero instrumento para resolução de conflitos pontuais” (*CANOTILHO, JJ Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 2003*).

II. Método Hermenêutico-Concretizador

O **método hermenêutico-concretizador**, idealizado por **Konrad Hesse**, é uma abordagem sofisticada de interpretação constitucional que busca integrar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto normativo e a realidade concreta. Esse método parte do reconhecimento de que **o intérprete nunca é neutro**; ele possui uma "**pré-compreensão**" da norma, fruto de suas experiências, formação e percepção prévia sobre o texto. Contudo, essa subjetividade inicial é constantemente confrontada e ajustada à medida que o intérprete analisa o problema concreto.

O método hermenêutico concretizador diz que o intérprete ao fazer a primeira leitura do texto constitucional extrai um conteúdo chamado de pré-compreensão da norma. Quando o intérprete se defronta com o problema, ele deverá voltar à norma que ele havia pré-compreendido, ou seja, o intérprete faz a primeira leitura (pré-compreensão) e compara com a realidade existente. A partir do confronto da primeira leitura e da realidade existente, ele reformulará a sua própria compreensão, de forma que releerá o texto da maneira que a realidade se apresentou. Nessa releitura do texto, haverá repetições sucessivas do texto para a realidade até que se encontre uma solução harmoniosa do problema. Este método diferencia-se por adotar um movimento dinâmico entre a norma e o problema, conhecido como **círculo hermenêutico**. Esse movimento caracteriza-se por três etapas principais:

1. **A Pré-Compreensão Inicial** O intérprete, ao se comparar com o texto constitucional, realiza uma leitura preliminar, formando uma **pré-compreensão subjetiva**. Essa leitura inicial é inovadora e influenciada por fatores como o contexto histórico, as condições sociais e os valores pessoais do intérprete.
2. **O Confronto com a Realidade** Após a leitura inicial, a norma é confrontada com o problema concreto que se pretende resolver. Nesse momento, a pré-compreensão é testada e desafiada, exigindo do intérprete um esforço de adequação e ajuste.
3. **A Reformulação da Compreensão** O intérprete revisita o texto constitucional à luz do problema enfrentado, promovendo uma **releitura crítica**. Esse movimento de ida e volta entre o texto e a realidade ocorre repetidamente até que se alcance uma solução harmônica, que respeite tanto a norma quanto o contexto concreto.

Nesse quadro, os defensores da interpretação concretista, dentre os quais Konrad Hesse, pugnam que toda leitura inicial de um texto deve ser reformulada mediante uma comparação com a realidade, justamente para serem suprimidas interpretações equivocadas. Por isso, o método concretizador funda-se em uma constante mediação entre o problema e a norma, no qual a concretização é lapidada por meio de uma análise mais profunda, em que a norma prevalece sobre o problema.

Esse processo contínuo de mediação entre o texto e o problema é o que define o **círculo hermenêutico**, no qual cada nova leitura aprimora e lapida a interpretação inicial, permitindo que a solução seja moldada com base em uma compreensão mais rica e profunda da norma constitucional.

Elementos Básicos do Método

O método hermenêutico-concretizador é fundamentado em três pilares:

- **Pressupostos Subjetivos:** Reconhecemos que o intérprete possui uma pré-compreensão da Constituição e exerce um papel ativo e criador na descoberta do sentido do texto. Essa pré-compreensão não é estática, sendo continuamente reformulada durante o processo interpretativo.
- **Pressupostos Objetivos:** Referem-se ao contexto não qual a norma será aplicada. O intérprete atua como um mediador entre o texto constitucional e a realidade concreta, buscando compatibilizar ambos.
- **Relação entre Texto e Contexto:** A interpretação é entendida como uma atividade dialógica, na qual o texto e o contexto interagem de forma dinâmica. O resultado final da interpretação é a construção da norma a partir do texto, ajustada às demandas do problema.

No campo constitucional, o método hermenêutico-concretizador é particularmente relevante devido às características das normas constitucionais, frequentemente marcadas por **abstração, generalidade e abertura semântica**. Muitas vezes, a tarefa de interpretar não é apenas "interpretar" o texto, mas "concretizar" suas disposições, conferindo-lhes aplicabilidade prática no caso concreto.

Por exemplo, o **princípio da dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, da Constituição Federal) é uma norma que requer concretização para se traduzir em soluções práticas. Em situações como o direito à saúde ou à moradia, o intérprete deve partir de sua pré-compreensão inicial, confrontar o princípio com as situações concretas e, por fim, construir uma interpretação que atenda às demandas reais sem desrespeitar o texto constitucional.

A grande ideia que se pode concluir do **método hermenêutico concretizador é que ele dá prevalência ao texto constitucional**, o qual sempre começará esse movimento, a partir da pré-compreensão da norma.

Embora o método admita a subjetividade da interpretação e a relevância do contexto, ele garante a **prevalência do texto constitucional** como ponto de partida e parâmetro final do processo interpretativo. O movimento do círculo hermenêutico sempre se inicia e se encerra no texto, garantindo que as soluções práticas estejam ancoradas no ordenamento jurídico.

Konrad Hesse destaca que o método concretizador é essencial para garantir a **força normativa da Constituição**, pois conecta o texto às necessidades da realidade sem comprometê-lo com soluções subjetivas ou casuísticas.

Críticas e Limitações

Embora o método hermenêutico-concretizador seja amplamente aceito, ele também enfrentou críticas. Uma delas é uma dificuldade em equilibrar a **subjetividade do intérprete** com a objetividade necessária para garantir uniformidade e segurança jurídica. Em alguns casos, a influência da pré-compreensão da interpretação pode levar a soluções parciais ou invejáveis, especialmente quando valores pessoais se sobrepõem à norma constitucional.

Outro ponto crítico é a complexidade do círculo hermenêutico, que pode ser mal utilizada ou simplificada, resultando em interpretações superficiais que não alcançam a profundidade necessária para a concretização constitucional.

III. Método normativo-estruturante

O **método normativo-estruturante**, desenvolvido por **Friedrich Müller**, apresenta uma visão inovadora sobre a interpretação constitucional. Ele rompe com a ideia de que o texto normativo e a norma jurídica são equivalentes, destacando que o texto é apenas um ponto de partida para a construção da norma. Essa construção é o resultado de uma interação entre o texto, os valores constitucionais e a realidade social.

Segundo Müller, o texto normativo é insuficiente para resolver problemas concretos. Ele fornece apenas os contornos iniciais, enquanto a norma jurídica, efetivamente aplicada no caso concreto, resulta de um processo de concretização que considera não apenas o texto, mas também os fatores sociais, culturais e econômicos envolvidos. Assim, o método normativo-estruturante busca alinhar o texto constitucional à realidade, garantindo que a Constituição não seja apenas um documento formal, mas um instrumento eficaz de regulação social.

Elementos Centrais do Método

O método normativo-estruturante baseia-se em três metas fundamentais:

1. A Norma Jurídica como Resultado da Interpretação A norma jurídica não está contida no texto constitucional, mas é construída pelo intérprete com base em uma análise aprofundada. Essa construção ocorre por meio da interpretação que considera tanto o texto quanto os valores constitucionais e as explicações do caso concreto. Müller ressalta que a norma é uma visão geral entre o texto normativo e os elementos externos que o influenciam.

2. A Importância dos Fatores Extratextuais O método regular que o texto constitucional, por si só, não é suficiente para resolver problemas complexos. Fatores como a história, os valores da sociedade, as condições econômicas e as mudanças culturais desempenham papel crucial na interpretação. Assim, a norma construída deve refletir não apenas o texto, mas também o contexto em que será aplicado.

3. A Função Normativa do Intérprete O intérprete desempenha um papel ativo e criador, sendo responsável por transformar o texto constitucional em norma jurídica concreta. Esse processo exige uma análise rigorosa do texto e do seu contexto, para que a solução encontrada seja coerente com os princípios constitucionais e adequada à realidade social.

A Estrutura Normativa

No método normativo-estruturante, a Constituição é vista como um sistema de normas que interage e forma uma estrutura consistente. Para Müller, cada norma deve ser interpretada em harmonia com as demais, de forma a preservar a unidade do texto constitucional. Isso exige que o intérprete leve em consideração:

- **A Função Sistêmica da Norma:** Uma norma deve ser entendida como parte de um todo integrado, contribuindo para a coerência do sistema constitucional.
- **A Hierarquia de Valores Constitucionais:** Direitos fundamentais, princípios estruturantes e cláusulas pétreas devem orientar a construção normativa, prevalecendo sobre normas infraconstitucionais.
- **A Efetividade da Constituição:** A interpretação deve garantir que a Constituição seja aplicada de maneira prática e eficaz, atendendo às demandas da sociedade.

Aplicação Prática do Método

A aplicação desse método é especialmente útil em situações em que o texto constitucional é lacônico ou ambigualmente redigido. Por exemplo, a interpretação do **art. 37, caput, da Constituição Federal**, que consagra os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na administração pública, exige a construção de normas que detalhem como esses princípios devem ser aplicados na prática administrativa.

Outro exemplo relevante é a interpretação do **art. 5º, inciso XXXV, da Constituição**, que assegura o acesso à justiça. Para concretizar esse direito, é necessário considerar fatores extratextuais, como as previsões econômicas do Judiciário, a capacidade técnica das partes e a celeridade processual. O método normativo-estruturante permite que o intérprete harmonize o texto com as necessidades reais, garantindo a aplicabilidade do direito fundamental.

Críticas ao Método

Embora amplamente aceito, o método normativo-estruturante também enfrenta críticas. Uma das principais é o **risco de subjetivismo**, já que o papel criador do intérprete pode levar a decisões baseadas em valores pessoais ou desvinculadas do texto constitucional. Além disso, o método exige **alta capacidade técnica e sensibilidade do intérprete**, o que pode dificultar sua aplicação uniforme.

IV Método Científico-Espiritual

O **método científico-espiritual**, desenvolvido por **Rudolf Smend**, destaca-se por sua abordagem diferenciada na interpretação constitucional, priorizando os valores fundamentais subjacentes ao texto constitucional e sua conexão com a realidade social e cultural. Para Smend, a Constituição não é apenas um conjunto de normas jurídicas, mas uma **expressão histórica, cultural e axiológica** da sociedade, devendo ser interpretada de forma para garantir a integração entre o Estado e a comunidade.

Essa perspectiva busca extrair da Constituição não apenas a literalidade do texto, mas também o seu **conteúdo axiológico último**, ou seja, os valores e ideais que ela pretende promover. O intérprete, nesse contexto, assume um papel essencial na articulação entre o texto constitucional e a realidade espiritual da comunidade, garantindo que a Constituição reflita os anseios e valores da sociedade que ela regula.

O método Científico-Espiritual utiliza leitura flexível e extensiva, na qual os valores comunitários e a realidade existencial do Estado se articulam com o fim integrador da Constituição.

O método científico-espiritual tem um cunho sociológico, não procurando exatamente extrair ou interpretar a norma constitucional pelo conteúdo textual, pois visa procurar precipuamente os valores que estão subjacentes ao texto constitucional.

Características Fundamentais

1. A Constituição como Expressão de Valores Comunitários O método científico-espiritual entende que a Constituição é mais do que um documento normativo; ela representa os valores fundamentais de uma sociedade, como justiça, igualdade, dignidade humana e solidariedade. Esses valores, embora muitas vezes implícitos no texto, devem ser identificados e integrados ao processo interpretativo.

2. O Papel da Realidade Social A interpretação não se limita ao texto escrito. O método exige que o intérprete considere uma **realidade social, cultural e histórica**, buscando entender como a Constituição pode contribuir para a coesão e integração da sociedade. Esse aspecto é particularmente relevante nas sociedades pluralistas, onde a Constituição deve atuar como um instrumento de unidade.

3. Flexibilidade e Adaptação O método científico-espiritual adota uma abordagem flexível e adaptável, reconhecendo que os valores constitucionais podem evoluir com o tempo. Essa perspectiva permite que a interpretação constitucional acompanhe as transformações sociais e culturais, garantindo a atualidade e a efetividade da Constituição.

A Integração como Objetivo Central

Para Smend, o objetivo principal da Constituição é promover a **integração social**, garantindo que os diferentes setores da sociedade convivam de maneira harmônica sob um conjunto de valores comuns. A interpretação científico-espiritual, nesse sentido, busca fortalecer esse papel integrador, promovendo a unidade dentro da diversidade.

Um exemplo dessa aplicação pode ser encontrado na **interpretação do art. 1º, III, da Constituição Federal**, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro. Esse princípio não se restringe a uma definição normativa; ele incorpora valores culturais e sociais que impedem uma interpretação que reflita as demandas contemporâneas da sociedade, como o reconhecimento de direitos de minorias ou a proteção dos mais vulneráveis.

O método científico-espiritual é particularmente útil na interpretação de normas constitucionais abertas ou principiológicas, como os direitos fundamentais. Por exemplo, na análise do direito à igualdade (art. 5º, caput), o intérprete deve considerar os valores históricos e culturais associados à luta contra discriminações, buscando uma interpretação que promova a inclusão e a justiça social.

Outro exemplo relevante é a interpretação do **art. 226 da Constituição Federal**, que autoriza a família como base da sociedade. Sob uma perspectiva científico-espiritual, a família não deve ser vista apenas em seu conceito tradicional, mas também em sua evolução cultural, abrangendo novas

formas de convivência, como uniões homoafetivas. O reconhecimento dessas mudanças reflete a integração dos valores constitucionais com a realidade social.

Críticas ao Método

Apesar de sua riqueza teórica, o método científico-espiritual enfrenta críticas. Uma das principais é o **risco de subjetivismo**, uma vez que a identificação dos valores constitucionais depende, em grande medida, das percepções individuais do intérprete. Essa subjetividade pode levar a interpretações inconsistentes ou descoladas do texto constitucional.

Além disso, a ênfase na realidade cultural e nos valores comunitários pode gerar conflitos em sociedades pluralistas, onde diferentes grupos possuem visões divergentes sobre quais valores devem prevalecer. Essa pluralidade pode dificultar a aplicação uniforme do método.

APROFUNDANDO:

Qual é a crítica de Virgílio Afonso da Silva com relação aos métodos e princípios de interpretação constitucional?

Virgílio Afonso da Silva apresenta uma crítica contundente à maneira como os métodos e princípios de interpretação constitucionais têm sido tratados pela doutrina e pela jurisdição, apontando a existência de um **sincretismo metodológico** que exige a clareza e a efetividade na interpretação das normas constitucionais. Para ele, esse sincretismo reflete um estágio de superficialidade e falta de rigor na abordagem da interpretação constitucional, dificultando avanços significativos nesse campo.

Sincretismo Metodológico e sua Implicação

O **sincretismo metodológico** é caracterizado pela tentativa de combinar teorias e métodos que possuem pressupostos e lógicas incompatíveis. Virgílio critica o uso conjunto, ou a ideia de compatibilidade, entre abordagens como a **teoria estruturante do direito**, proposta por Friedrich Müller, e a **teoria dos direitos fundamentais**, de Robert Alexy. Para ele, essas teorias possuem disposições conflitantes que tornam impossível uma aplicação prática consistente quando utilizadas simultaneamente.

A crítica se sustenta no fato de que a **teoria estruturante de Müller** propõe uma delimitação rigorosa do âmbito de aplicação de cada norma antes de qualquer interpretação ou aplicação no caso concreto. Isso elimina, em sua lógica, a possibilidade de questões entre normas, já que estas seriam delineadas de maneira a evitar conflitos. Assim, na visão de Müller, a sopesação de direitos não seria necessária, pois a norma aplicável já estava anteriormente identificada.

Por outro lado, **Robert Alexy** defende que os direitos fundamentais possuem um suporte fático amplo, abrangendo todas as situações que, de forma isolada, poderiam ser subsumidas a um direito fundamental. Essa abordagem pressupõe que as colisões entre direitos são inevitáveis e que o

sopesamento é indispensável para solucionar esses conflitos de maneira racional. Assim, enquanto Müller elimina as questões pela definição precisa do âmbito normativo, Alexy a reconhece como parte da fundamentação da dinâmica dos direitos fundamentais.

Virgílio aponta que, no Brasil, ambas as teorias foram usadas como se fossem adequadas, criando um paradoxo metodológico. Essa combinação resulta em uma lista de métodos e princípios que, além de serem frequentemente explicados de forma superficial, são impossíveis de serem aplicados de maneira conjunta e consistente.

A Superficialidade na Aplicação de Métodos

Outro ponto crítico destacado por Virgílio é o fato de que as análises sobre métodos e princípios de interpretação constitucional mencionados vão além de uma descrição teórica. Ele observa que os métodos são comumente apresentados sem exemplos concretos de sua aplicação prática. Essa ausência de exemplos demonstra, segundo o autor, a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de aplicação efetiva de muitos desses métodos.

Além disso, ele critica o fato de que a maioria das abordagens se limita a reproduzir os conceitos de **Canotilho**, sem avançar na análise da aplicabilidade ou na interação entre os métodos. Esse uso repetitivo e superficial impede a elaboração de critérios práticos para a interpretação constitucional no Brasil e impera o desenvolvimento de um modelo metodológico mais consistente.

Incompatibilidade entre Müller e Alexy

A incompatibilidade entre as teorias de Müller e Alexy é central na crítica de Virgílio. Enquanto Müller entende que a definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental ocorre de antemão, Alexy considera que os direitos fundamentais possuem um caráter abrangente, e as colisões só podem ser resolvidas por meio do sopesamento. Virgílio argumenta que essas teorias são formuladas em uma única abordagem metodológica que resulta em contradições insuperáveis, pois elas partem de situações irreconciliáveis.

Para exemplificar, no modelo de Müller, o intérprete define previamente os limites de cada direito com base na teoria estruturante. Isso significa que, ao aplicar o direito fundamental, não há alterações, já que a delimitação prévia já teria identificada a norma aplicável ao caso concreto. Em contraste, Alexy considera que os direitos fundamentais são amplos e frequentemente colidem, exigindo um processo de sopesamento para decidir qual direito deve prevalecer em uma situação específica. Essa investigação seria resolvida por meio de princípios como proporcionalidade.

Impacto do Sincretismo no Contexto Brasileiro

No Brasil, uma tentativa de combinação de teorias incompatíveis levou a um apego superficial a listas de métodos e princípios de interpretação constitucional, sem eficácia na aplicação prática. Para Virgílio, essa abordagem mistura o **"imisturável"**, criando mais confusão do que soluções e prejudicando o avanço da discussão sobre a interpretação constitucional.

Esse sincretismo metodológico impede a construção de critérios claros e coerentes, fundamentais para a interpretação de uma Constituição como a brasileira, que possui caráter analítico e engloba um amplo papel de direitos e princípios. Além disso, o uso estendido de teorias conflitantes pode

comprometer a segurança jurídica e a legitimidade das decisões judiciais, ao permitir interpretações contraditórias e desconexas.

Conclusão

A crítica de Virgílio Afonso da Silva ao sincretismo metodológico na interpretação constitucional evidencia a necessidade de maior rigor teórico e prático nesse campo. Ele aponta que a adoção indiscriminada de métodos e princípios incompatíveis exige a clareza, a coerência e a aplicabilidade das normas constitucionais, dificultando o avanço da discussão sobre a interpretação constitucional no Brasil.

O **sincretismo metodológico**, característico do atual estágio da discussão sobre interpretação constitucional, impede que se avance na discussão acerca da tarefa da interpretação constitucional. Comum às análises sobre o tema é o fato de que esses **métodos sejam apenas resumidamente explicados, não raro com base apenas na obra de Canotilho sem que se chegue a qualquer conclusão** sobre a relação entre os diversos métodos, sua aplicabilidade e, principalmente, sobre a compatibilidade entre eles. Assim, não é de se estranhar que, em trabalhos sobre métodos e princípios de interpretação constitucional, não costumam ser usados exemplos concretos de sua possível aplicação prática.

As análises costumam **limitar-se a expor a ideia teórica central de cada método**. Isso é obviamente insuficiente, pois métodos não são um fim em si mesmos, mas existem para serem aplicados. Por que, então, não se encontram análises jurisprudenciais concretas com base nesse ou naquele método, isto é, por que não são utilizados exemplos concretos da jurisprudência do STF - ou de outros tribunais - para que seja exposto como tais casos teriam sido decididos se tivesse sido usado esse, aquele ou um conjunto de métodos? Talvez porque essa demonstração seja impossível.

Para superar esses desafios, é fundamental que a doutrina e a seleção busquem maior precisão na escolha dos métodos interpretativos, garantindo que eles sejam compatíveis entre si e aplicáveis à realidade brasileira. Além disso, é necessário avançar na aplicação desses métodos, com exemplos concretos e análise crítica de sua eficácia, garantindo que a interpretação constitucional contribua para a efetividade e a estabilidade do sistema jurídico.

A Doutrina da Árvore Viva e as Mutações Constitucionais

A **doutrina da árvore viva** se insere no contexto das **mutações constitucionais**, evidentemente pelo qual o texto da Constituição permanece inalterado, mas seu significado é transformado pela interpretação adaptada às mudanças sociais, culturais ou políticas. Parte da doutrina passou a sustentar que uma Constituição poderia sofrer **alterações informais**, por meio do que convencionaram batizar de **poder constituintes difuso**, fonte das chamadas **mutações constitucionais**. A informalidade reside no fato de que o texto constitucional é inteiramente conservado, mas o significado que dele se extrai passa a ser outro. Essa perspectiva defende que a Constituição deve ser interpretada como um organismo vivo, capaz de se expandir e se adequar às **novas realidades sociais, sem a necessidade de emendas formais**.

Segundo **Daniel Sarmento**, a norma constitucional não se confunde apenas com o seu texto; ela abrange também o **objeto da realidade social** sobre o que incide. Assim, mudanças significativas na sociedade, tanto no quadro fático quanto nos valores compartilhados pelos cidadãos, podem provocar transformações no significado constitucional, mesmo sem alteração textual. Esse entendimento reforça a ideia de que o Direito Constitucional deve acompanhar a evolução da sociedade, promovendo uma interpretação dinâmica e contemporânea das normas constitucionais.

Origem e Inspiração: A Doutrina da Árvore Viva

A inspiração brasileira para a mutação constitucional encontra respaldo na **Doutrina da Árvore Viva**, formulada pela Corte Constitucional do Canadá e aplicada notoriamente no caso **Edwards v. Attorney-General for Canadá 1930**) por força do qual a constituição não deve ser vista como um **fóssil imutável**, mas como um organismo vivo que cresce e se adapta aos novos valores sociais e às demandas da sociedade contemporânea. Essa analogia com a árvore viva demonstra a flexibilidade para que a Constituição permaneça relevante ao longo do tempo.

Por meio dessa abordagem, a Constituição passa a ser interpretada de forma a **refletir a sociedade em que está inserida**, ampliando ou ajustando seu sentido para contemplar novas situações não previstas originalmente. Essa adaptabilidade é fundamental para que o texto constitucional se mantenha funcional e aplicável num contexto de constante transformação social.

Os Perigos e Limites das Mutações Constitucionais

Embora a doutrina da árvore viva seja amplamente aceita em sistemas jurídicos de matriz constitucional flexível, como o canadense, sua aplicação no Brasil suscita críticas e preocupações. O risco reside na possibilidade de que **alterações constitucionais sejam banalizadas**, ocasionalmente como atalhos interpretativos para contornar as **solenidades estabelecidas pelo art. 60 da Constituição Federal**, que regulamenta o processo de emenda constitucional.

A mutação constitucional, quando aplicada de forma indiscriminada, pode comprometer a **segurança jurídica**, ao permitir que visões particulares do mundo ou ideologias interpretem prevaleçam sobre o texto constitucional. Nesse sentido, **Gilmar Mendes e Paulo Gonet** alertam que as novas interpretações devem encontrar **apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte** e jamais violentar os princípios estruturantes da Constituição. Do contrário, resultariam em uma **interpretação inconstitucional**, que fragilizaria a ordem constitucional.

O uso mencionado nessas especificações também pode gerar um afastamento do **princípio da supremacia da Constituição**, ao permitir que interpretações mutáveis sobreponham-se à estabilidade das normas constitucionais. Isso reforça a necessidade de cautela ao aplicar alterações constitucionais, garantindo que elas respeitem os **limites estruturais e axiológicos da Constituição**, preservando o equilíbrio entre evolução social e segurança jurídica.

Os Limites das Mutações Constitucionais

A doutrina contemporânea tem debatido intensamente os limites dessas especificidades, buscando critérios para que a mutação constitucional ocorra de forma legítima e controlada. Segundo **Gilmar Mendes e Paulo Gonet**, a mutação deve respeitar os seguintes limites:



1. **Respeito ao teor do texto constitucional:** A nova interpretação deve estar fundamentada no conteúdo das palavras empregadas pelo constituinte originário.
2. **Preservação dos princípios estruturantes:** Não é admissível que uma mutação constitucional viole princípios basilares como a separação de poderes, a dignidade da pessoa humana ou a segurança jurídica.
3. **Evitar a banalização das características:** O reconhecimento da mutação constitucional não pode ser um subterfúgio para ignorar formalidades ou interesses democráticos.

Críticas à Doutrina

A doutrina da árvore viva é criticada por setores mais conservadores da ciência constitucional, que nela veem uma ameaça à **segurança jurídica** e à estabilidade institucional. O argumento central é que, ao permitir interpretações mutáveis e dinâmicas, essa abordagem pode comprometer a previsibilidade do Direito e abrir espaço para o **ativismo judicial**, onde **juízes se tornam legisladores informais** ao reinterpretar normas constitucionais de maneira ampla.

Mesmo entre aqueles que aceitam a possibilidade de mutação constitucional, há consenso de que essas características devem ser excepcionais e cercadas de critérios rigorosos. Um **Estado Democrático de Direito** não pode prescindir de formalidades legais, especialmente em relação à alteração da Constituição, devendo sempre prevalecer o princípio de que mudanças estruturais devem ser promovidas via emenda constitucional, respeitando o rito previsto no **art. 60 da Constituição Federal**.

Conclusão

A doutrina da árvore viva, ao propor que a Constituição seja interpretada como um organismo vivo, traz uma perspectiva importante para garantir a **adaptação do texto constitucional à evolução social**. Contudo, no contexto brasileiro, uma aplicação dessa abordagem deve ser cautelosa, para evitar que ela se torne um alibi retórico para desprezar o texto constitucional ou contornar formalidades democráticas.

Assim, as alterações constitucionais deverão ocorrer dentro de cláusulas que respeitem o texto, os princípios estruturantes e o equilíbrio entre **flexibilidade e segurança jurídica**. Somente dessa forma a doutrina da árvore viva pode contribuir para a preservação da funcionalidade e da legitimidade da Constituição no contexto contemporâneo.

Como Julgar um Hard Case?

Os **casos difíceis**, ou "casos difíceis", são situações jurídicas em que as normas legais ou princípios constitucionais aplicáveis não fornecem respostas claras para a solução do conflito. O julgamento desses casos gera intenso debate doutrinário, envolvendo diferentes correntes interpretativas que buscam responder à complexidade e aos desafios legais pela falta de clareza normativa.

As três grandes correntes que discutimos como julgar casos difíceis trazem perspectivas diversas.

A primeira corrente, representada por **Hart** e ligada ao positivismo jurídico, defende que o juiz, diante de um caso difícil, deve recorrer à sua discricionariedade para interpretar razoavelmente as normas aplicáveis. **Hart registra que o ordenamento jurídico é incompleto**, e, em situações em que a legislação não fornece resposta direta, o juiz precisa preencher as lacunas. Essa discricionariedade, no entanto, não é ilimitada, devendo ser guiada pela razoabilidade e pelos valores do sistema jurídico, **mantendo a coerência com os princípios gerais do direito**.

A segunda corrente, proposta de **Ronald Dworkin**, **rejeita a ideia de discricionariedade** em casos difíceis. Para Dworkin, **o papel do juiz é descobrir os direitos das partes e não criar novos direitos**. Ele fundamenta sua posição na distinção entre regras e princípios. Embora as regras possam ser úteis para solucionar certos casos, os princípios desempenham um papel essencial, proporcionando orientação insuficiente para decisões consistentes e alinhadas aos valores constitucionais. Assim, o juiz não atua de forma arbitrária, mas realiza uma interpretação profunda que garante a integridade do ordenamento jurídico.

A terceira corrente, defendida por **Richard Posner**, adota uma **abordagem pragmática e consequencialista**. Para Posner, o juiz deve projetar as consequências de cada interpretação alternativa e optar por aquela que gera os melhores resultados práticos. Essa visão privilegia os impactos sociais e a eficiência das decisões judiciais, enfatizando a importância de minimizar prejuízos e maximizar benefícios para a sociedade. Posner entende que, em casos difíceis, a análise formal do texto legal pode ser insuficiente, exigindo que o intérprete considere as implicações concretas de sua decisão.

No Brasil, a divisão entre casos simples e difíceis é severamente criticada por Lênio Streck, que considera essa distinção ultrapassada. Streck argumenta que todos os casos jurídicos exigem interpretação e que a noção de hard case é contida, pois pressupõe a existência de lacunas no direito. Para ele, o direito deve ser interpretado a partir de uma perspectiva hermenêutica, reconhecendo que toda aplicação jurídica é complexa e exige a integração dos valores constitucionais ao processo decisório. Essa crítica ressalta que o conceito de hard case pode obscurecer a importância da interpretação em todas as esferas do direito, independentemente do grau de dificuldade do caso.

O debate sobre como julgar casos difíceis reflete diferentes concepções sobre o papel do juiz e os limites da interpretação jurídica. Hart admite a discricionariedade como concluída, Dworkin enfatiza a descoberta de direitos sem criação retroativa, e Posner propõe uma análise consequencialista focada nos resultados práticos. Lênio Streck, por sua vez, desafia a própria ideia de distinção entre casos simples e difíceis, ressaltando que a interpretação é especial em todas as situações jurídicas. Esses pontos de vista destacam a necessidade de equilíbrio entre formalismo, princípios e impactos sociais, promovendo decisões justas e consistentes.

(In)capacidades institucionais do intérprete

Infelizmente, os membros do Poder Judiciário não costumam deter um conhecimento além daquele necessário para desenvolver o seu trabalho de maneira ordinária. Ocorre que, por vezes, o

Poder Judiciário é instado a se manifestar sobre temas que demandam um conhecimento extremamente técnico sobre determinada área do conhecimento (saúde, educação, ciência, engenharia, etc.).

É no bojo destes casos que surge o problema das capacidades institucionais do intérprete, já que, na maioria das vezes, os juízes não possuem a *expertise* necessária para enfrentar as questões propostas. No caso envolvendo a constitucionalidade da “pílula do câncer”, **o Ministro Luiz Fux invocou a falta de capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal para decidir acerca do feito, sob o argumento de que os ministros não possuíam o conhecimento técnico necessário para formular uma solução adequada ao caso.** O mesmo ocorre quando os membros do Poder Judiciário atuam em casos que envolvem políticas públicas ou, ainda, a proibição ou liberação de avanços da tecnologia.

É bem verdade que a realização de audiências públicas e a presença dos *amici curiae* atenuam o problema da falta de *expertise* dos membros do Poder Judiciário para decidir sobre esses feitos. No entanto, vigora no Brasil o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. Assim, mesmo em casos em que o Poder Judiciário não detém a capacidade institucional necessária para decidir sobre o feito, ele é obrigado a se manifestar, o que por vezes acaba ocasionando um problema ainda maior.

Sobre o ponto em estudo, é a lição de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto: “*Por outro lado, os juízes brasileiros, de um modo geral, estão bem aparelhados para o enfrentamento de questões jurídicas, mas quase nada sabem sobre outros campos do saber. A formação nas faculdades jurídicas brasileiras nada tem de interdisciplinar e o processo de recrutamento dos magistrados de carreira tem aferido apenas o conhecimento do direito positivo. Ocorre que cada vez mais o Judiciário é chamado para solucionar questões extremamente complexas, que demandam o domínio de outros ramos do conhecimento humano. [...] A adoção pelo Judiciário de uma orientação mais ativista ou mais autocontida deve depender, dentre outros fatores, da avaliação das suas capacidades institucionais. Isso, no entanto, nem sempre é observado pelos magistrados. Veja-se, por exemplo, o voto proferido pelo Ministro Carlos Alberto Direito no julgamento sobre a constitucionalidade das pesquisas de células-tronco embrionárias, em que um dos argumentos usados pelo Ministro para invalidar a autorização concedida pelo legislador para a realização das referidas pesquisas envolveu tomada de posição altamente controversa sobre questão de natureza eminentemente científica. A maior parte da comunidade científica considera que as pesquisas importam necessariamente na eliminação do pré-embrião, mas o Ministro sustentou posição diversa, defendendo, a partir daí, a inconstitucionalidade das pesquisas que resultassem nessa eliminação. No mesmo julgamento, e de forma mais sensata e autocontida, a Ministra Ellen Gracie evitou penetrar nessa discussão, consignando: ‘a Casa não foi chamada a decidir sobre a correção ou superioridade da Ciência’. A ação, ao final, foi julgada integralmente improcedente” (SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp 435-437).*

4.5 Tipos Específicos de Interpretação Constitucional

A interpretação constitucional é uma atividade hermenêutica essencial para garantir a **efetividade do texto constitucional**, especialmente em um Estado Democrático de Direito. As peculiaridades do texto constitucional, marcado pela **abertura semântica, generalidade e abstração**, exigem métodos e tipos específicos de interpretação que assegurem sua aplicabilidade e adaptação às realidades sociais. Entre os tipos específicos, destacam-se: **interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e mutação constitucional**.

4.5.1. Interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição é um instrumento utilizado para garantir a **compatibilidade de normas infraconstitucionais com o texto constitucional**, evitando sua invalidação sempre que possível. **José Afonso da Silva** destaca que este tipo de interpretação busca preservar a norma questionada por meio de uma compatibilização entre seu significado e os valores constitucionais. Assim, o intérprete deve priorizar a preservação do ato legislativo, desde que haja uma interpretação que o alinhe ao texto constitucional.

A **interpretação conforme a Constituição** se aplica quando uma norma legal é **polissêmica**, isto é, admite mais de um significado ou interpretação. Nesse contexto, o **Poder Judiciário** exclui interpretações que sejam incompatíveis com a Constituição, estabelecendo **que apenas um significado** ou interpretação está de acordo com o texto constitucional.

Por exemplo, imagine uma norma que trata da possibilidade de restrição à liberdade de expressão, mas que permite interpretações que não respeitam o princípio constitucional da proporcionalidade. O **STF**, ao aplicar a interpretação conforme a Constituição, delimitaria que apenas as restrições proporcionais e justificadas são válidas, excluindo as interpretações que admitissem restrições arbitrárias ou desproporcionais.

É importante destacar que a interpretação conforme não retira a norma do ordenamento jurídico nem a declaração inconstitucional, mas limita as possibilidades de interpretação a um único sentido compatível com a **Constituição Federal**.

No julgamento do **RE 351.845**, o **STF** exemplificou essa técnica ao decidir pela interpretação do art. 4º da Lei de Imprensa de forma que não restringisse indevidamente a liberdade de expressão, respeitando o art. 5º, IX, da Constituição Federal. Contudo, **Luis Roberto Barroso** adverte que esse mecanismo não pode ser usado de forma arbitrária, sob pena de o intérprete distorcer a vontade do legislador. É necessário, portanto, que a interpretação conforme esteja ancorada em **critérios hermenêuticos sólidos** e respeite o equilíbrio entre a preservação legislativa e a supremacia constitucional.

4.5.2. Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é uma técnica que permite ao intérprete declarar a **incompatibilidade parcial de uma norma com a Constituição**, sem suprimir ou modificar o texto legislativo. Essa abordagem é particularmente útil quando a norma contém múltiplas hipóteses de aplicação, sendo apenas uma delas inconstitucional. **Gilmar Mendes** explica que essa técnica decorre da ideia de **economia legislativa**, ao evitar a invalidação total de normas que, em parte, ainda podem ser compatíveis com a Constituição.

Essa técnica é utilizada quando o texto legal permanece inalterado, mas uma de suas aplicações ou abrangências é declarada inconstitucional. Ou seja, o **texto não é excluído ou modificado**, mas o **Poder Judiciário subtrai a interpretação da possibilidade de aplicá-lo em determinadas situações ou prazos, preservando o restante da norma**. Essa técnica se justifica em situações em que a exclusão do texto poderia gerar um **prejuízo maior** do que sua manutenção, ainda que limitada.

Por exemplo, considere uma regra que preveja um benefício para todas as categorias de servidores públicos, mas cuja aplicação a uma categoria específica seja considerada inconstitucional por violar um princípio constitucional, como a igualdade. Nesse caso, o texto geral da norma é preservado, mas sua aplicação a essa categoria é vedada, garantindo a eficácia constitucional sem comprometer a restante da legislação.

Essa técnica é comumente utilizada para evitar um **vácuo normativo** e preservar o máximo possível a intenção do legislador, dentro dos limites constitucionais. Está expressamente previsto no ordenamento brasileiro por meio da **Lei nº 9.868/99**, que regulamenta o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

O exemplo clássico dessa aplicação é o julgamento, em que o **STF** declarou inconstitucional a aplicação de dispositivos da Lei de Biossegurança às pesquisas com células-tronco embrionárias, sem, contudo, reduzir o texto da norma. Nesse contexto, **Kildare Gonçalves Carvalho** ressalta que a declaração sem redução de texto é uma forma de reforçar o papel do Poder Judiciário como garantidor da harmonia constitucional, ao mesmo tempo em que preserva a autonomia do legislador. Há, entretanto, críticas de setores da doutrina, como **Canotilho**, que questionam os limites dessa técnica, pois podem gerar insegurança jurídica ao deixar a norma em vigor com efeitos restritos ou modificados.

Diferenças Fundamentais

- **Declaração Parcial de Nulidade sem Redução de Texto:** Aplica-se quando uma parte ou um significado da norma é inconstitucional, mas as aplicações demais ou interpretações permanecem válidas. A preservação do texto da norma, mas impede que ela seja aplicada em situações específicas que contrariem a Constituição.
- **Interpretação Conforme a Constituição:** Utilizada quando uma norma suporta múltiplas interpretações. O Poder Judiciário exclui as interpretações inconstitucionais, preservando apenas o que está em harmonia com a Constituição.

4.5.3. Mutação Constitucional: Conceito, Limites e Exemplos

A mutação constitucional é um dos fenômenos mais interessantes e complexos da hermenêutica constitucional. Trata-se de uma alteração no **sentido e alcance das normas constitucionais sem qualquer modificação formal do texto**. **Luís Roberto Barroso** define a mutação constitucional como a **adaptação do significado de normas constitucionais às novas demandas sociais e políticas**, permitindo sua atualização sem necessidade de emendas formais.

O caso paradigmático é o julgamento da **união homoafetiva pelo STF (ADI 4277 e ADPF 132)**, em que a Corte reinterpreto o art. 226, § 3º, da Constituição para reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Essa decisão exemplifica como a mutação constitucional pode ampliar direitos fundamentais e alinhar o texto constitucional aos valores contemporâneos. No entanto, **Gilmar Mendes** adverte que a mutação deve ser aplicada com parcimônia, respeitando os limites impostos pela **soberania popular e pelo princípio da separação de poderes**. **Jürgen Habermas** critica o **decisionismo judicial exacerbado**, que, segundo ele, pode transformar os tribunais constitucionais em legisladores de fato, subvertendo o equilíbrio entre os poderes. Por outro lado, **Konrad Hesse** defende que a força normativa da Constituição permite que o Judiciário atualize o texto constitucional sem violar seus princípios estruturantes, desde que as mudanças sejam justificadas pelo contexto histórico e social.

Esses tipos específicos de interpretação constitucional são instrumentos fundamentais para assegurar a **adaptação do texto constitucional às transformações da sociedade** e a resolução de conflitos normativos. Sua aplicação, contudo, exige do intérprete uma postura equilibrada, comprometida com a preservação dos valores constitucionais e o respeito aos limites impostos pela separação dos poderes.

4.6 Interpretação Constitucional e dos Tribunais Superiores

A interpretação constitucional é um processo central para a aplicação do Direito Constitucional, especialmente em sistemas jurídicos como o brasileiro, que confere aos tribunais superiores um papel proeminente na garantia da supremacia da Constituição. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) desempenham papéis diversos nesse campo, sendo o primeiro o guardião da Constituição e o segundo o tribunal da cidadania. Abaixo, analisamos o papel de cada um desses tribunais e suas investigações no campo hermenêutico.

4.6.1 O papel do STF na interpretação da Constituição

O Supremo Tribunal Federal é o principal intérprete da Constituição Federal do Brasil, sendo dotado de competência para exercer tanto o controle difuso quanto o controle concentrado de constitucionalidade. Conforme destaca Luís Roberto Barroso, o STF não apenas resolve conflitos constitucionais, mas também desempenha uma função política, ao moldar a interpretação de valores constitucionais fundamentais para o ordenamento jurídico. Barroso enfatiza que a interpretação do STF não se limita às decisões técnicas, mas incorpora considerações morais, políticas e sociais, especialmente em temas sensíveis como direitos fundamentais e políticas públicas.

José Afonso da Silva defende que o papel do STF vai além de garantir a supremacia constitucional; ele também é responsável por proteger a rigidez da Constituição, assegurando que seus princípios e valores permaneçam intocados. Um exemplo paradigmático desse papel é o julgamento da ADPF 54, em que o STF decidiu a constitucionalidade da interrupção da gravidez em casos de anencefalia. Nesse caso, o tribunal desenvolveu uma interpretação ampliativa do direito à dignidade da pessoa humana e da saúde da mulher, demonstrando como o STF utiliza princípios constitucionais para decisões fundamentais.

Contudo, o papel do STF não é isento de críticas. Gilmar Mendes aponta que, em alguns casos, o STF assume uma postura ativista, o que pode gerar prejuízo com os poderes Legislativo e Executivo. A crítica recai sobre a possibilidade de o tribunal ultrapassar sua função de interpretação e atuar como "legislador positivo", criando normas a partir de interpretações extensivas. Essa visão encontra oposição em Canotilho, que defende a legitimidade de tribunais constitucionais que exercem papéis normativos em contextos democráticos, desde que respeitem os limites constitucionais e a teoria dos poderes implícitos.

4.6.2 Hermenêutica constitucional no STJ é possível?

O Superior Tribunal de Justiça, como tribunal responsável pela uniformização da interpretação das leis federais, possui um papel indireto na hermenêutica constitucional. Embora sua competência não inclua o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos em caráter abstrato, o STJ frequentemente se depara com questões constitucionais no âmbito de recursos especiais. Kildare Gonçalves Carvalho observa que, nesses casos, o STJ deve interpretar a legislação federal à luz dos princípios constitucionais, o que exige uma hermenêutica constitucional cuidadosa.

Um exemplo emblemático é o julgamento do REsp 1.116.847/RS, no qual o STJ analisa a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras. A decisão, embora fundamentada na legislação infraconstitucional, foi amplamente influenciada pelo princípio constitucional da proteção ao consumidor, previsto no art. 170, inciso V, da Constituição. Esse caso ilustra como o STJ desempenha uma função complementar na concretização dos valores constitucionais.

Por outro lado, há divergências quanto à legitimidade do STJ em exercer um papel ativo na interpretação constitucional. Para alguns doutrinadores, como Lenio Streck, a hermenêutica constitucional deve ser restrita ao STF, excluindo sobreposição de competências e potencial insegurança jurídica. Contudo, outros, como Gilmar Mendes, argumentam que o STJ não pode ignorar a Constituição ao interpretar as leis federais, especialmente em casos que envolvem direitos fundamentais.

4.7 Conflitos Hermenêuticos e Direitos Fundamentais

4.7.1 Princípios versus regras na interpretação constitucional

Princípios Versus Regras na Perspectiva de Ronald Dworkin e Robert Alexy

Para Ronald Dworkin, assim como para Robert Alexy, as normas jurídicas apresentam uma divisão fundamental em dois tipos diferentes: **princípios e regras**. Essa divisão não é meramente descritiva, mas reflete uma diferença lógica e qualitativa entre as estruturas normativas. Segundo Dworkin, as regras operam em um sistema de **“tudo ou nada”**. Isso significa que, diante de uma situação concreta, a regra será aplicada integralmente caso os fatos estipulados estejam presentes. Caso contrário, a regra será considerada inaplicável e não influenciará a decisão. Essa característica confere às regras um caráter definitivo e objetivo, no qual as consequências jurídicas derivam diretamente de sua subsunção ao caso concreto.

Os princípios, por outro lado, não seguem a mesma lógica. Em vez de operarem de forma absoluta, os princípios possuem uma **dimensão de peso ou importância relativa**. Isso implica que, em situações de conflito, dois ou mais princípios podem ser aplicáveis simultaneamente, cabendo ao intérprete ponderá-los para identificar quais deles devem prevalecer no caso específico. Essa dimensão de peso está ausente nas regras, que não permite gradações em sua aplicação. Para Alexy, essa distinção é de natureza estrutural, pois enquanto as regras determinam resultados, os princípios apontam especificamente para serem seguidas, exigindo otimização na medida do possível.

Dworkin também distingue os princípios das políticas, uma separação muitas vezes negligenciada no debate jurídico. Para ele, “política” refere-se a padrões que estabelecem **objetivos a serem realizados** no plano econômico, político ou social, com vistas a melhorar as condições comunitárias. Já os “princípios” são padrões que devem ser observados não por razões utilitárias ou pragmáticas, mas por serem critérios de justiça, equidade ou outros valores morais fundamentais. Essa distinção é crucial, pois evita que princípios sejam confundidos com metas políticas ou programáticas, que possuem uma função diversa no ordenamento jurídico.

Robert Alexy destaca que os princípios **são princípios de otimização**, que devem ser realizados na maior medida possível, considerando as limitações fáticas e jurídicas. Regras, por outro lado, são mandamentos definitivos, que se aplicam de maneira absoluta, salvo se forem declaradas inconstitucionais. No contexto brasileiro, Luís Roberto Barroso defende que a prevalência de princípios sobre regras ocorre devido à capacidade dos primeiros de promoção de soluções mais flexíveis e adequadas a casos concretos.

Um exemplo prático pode ilustrar a distinção entre regras e princípios no Direito Constitucional. A regra contida no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal (“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) aplicando-se de maneira absoluta, determinando que apenas a lei pode impor obrigações ou proibições. Já o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da mesma Constituição, exige ponderação em cada caso concreto, orientando a interpretação de outras normas e decisões judiciais.

Dworkin e Alexy concordam que o conflito entre regras é resolvido por critérios de validade, enquanto o **conflito entre princípios exige ponderação**. Contudo, a aplicação prática dessa distinção é alvo de críticas e debates. Para autores como Lenio Streck, a ênfase na ponderação pode abrir espaço para subjetivismos e casuísmos, especialmente quando os intérpretes não estabelecem critérios claros para hierarquizar os princípios. Por outro lado, Barroso defende que a ponderação é uma ferramenta indispensável na concretização dos direitos

fundamentais, permitindo que o sistema jurídico responda especificamente às demandas sociais contemporâneas.

A diferença entre regras e princípios também impacta diretamente a forma como os tribunais superiores lidam com casos complexos. No julgamento em que o STF analisou a possibilidade de interrupção da gravidez em casos de anencefalia, a Corte ponderou o princípio da dignidade da pessoa humana com o direito à vida, optando por prevalecer a dignidade e o direito à saúde da mulher. Esse caso exemplifica como os princípios, diferentemente das regras, podem ser ajustados à realidade fática por meio de ponderação, reafirmando sua natureza fluida e dinâmica.

Portanto, a distinção proposta por Dworkin e Alexy não é apenas acadêmica, mas tem profundas implicações práticas na hermenêutica constitucional. A separação entre regras, princípios e políticas fornece um arcabouço analítico robusto para lidar com os desafios da interpretação jurídica em contextos plurais e complexos, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais e das questões de justiça social. A sua compreensão é necessária para uma atuação criteriosa e coerente dos intérpretes do Direito, especialmente nos tribunais superiores.

4.7.2 Tensão entre direitos fundamentais e segurança jurídica

A tensão entre direitos fundamentais e segurança jurídica é uma das questões mais desafiadoras da interpretação constitucional. A segurança jurídica, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, exige estabilidade, previsibilidade e coerência no ordenamento jurídico. No entanto, a concretização de direitos fundamentais exige frequentemente interpretações inovadoras, que podem gerar mudanças abruptas na legislação e comprometer a segurança jurídica.

Gilmar Mendes alerta que o desafio consiste em equilibrar esses valores, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais sem comprometer a confiança nas instituições jurídicas. Um exemplo marcante é o julgamento da ADC 43, em que o STF decidiu sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena após específica em segunda instância. A decisão inicial gerou críticas por criar instabilidade, demonstrando os riscos de violação na segurança jurídica em nome de valores constitucionais.

Por outro lado, Canotilho defende que a segurança jurídica não pode ser um obstáculo à evolução do direito. A sustentação de que a estabilidade normativa deve coexistir com a adaptação às novas demandas sociais, desde que respeitados os princípios estruturantes da Constituição. Esse debate reforça a importância de uma hermenêutica constitucional que equilibra flexibilidade e previsibilidade.

4.8 A Interpretação do Direito na Teoria Pura de Hans Kelsen

A Teoria Pura do Direito, elaborada por Hans Kelsen, constitui uma das mais influentes construções do pensamento jurídico do século XX. Kelsen busca purificar o Direito de elementos políticos, sociais e morais, estabelecendo-o como um sistema normativo independente. Nesse contexto, a interpretação jurídica desempenha um papel central. Para Kelsen, interpretar o Direito não é um ato de descobrir significados ocultos, mas de definir sentido às normas.

Na teoria kelseniana, a interpretação divide-se em duas dimensões: a **interpretação autêntica** e a **interpretação científica**. A interpretação autêntica é realizada pelas autoridades competentes – juízes e administradores públicos –, que possuem o poder de aplicar a norma jurídica a casos concretos. Já a interpretação científica é aquela realizada pelos juristas e acadêmicos, cujo objetivo é explicar e sistematizar o ordenamento jurídico, sem força vinculativa.

Kelsen rejeita a ideia de que a interpretação possa revelar um único sentido correto da norma. Ele argumenta que as normas são estruturadas de forma aberta e permitem múltiplos sentidos. Assim, o ato de interpretação não é de natureza puramente cognitiva, mas envolve escolhas entre as possibilidades oferecidas pelo texto normativo. Esse ponto é crítico na compreensão da interpretação constitucional, pois destaca que o papel do intérprete não é meramente técnico, mas também criativo.

Em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen sustenta que a interpretação ocorre pelo juiz ou órgão de aplicação do direito, assim como pelos destinatários das normas contidas no ordenamento jurídico, na medida em que pode haver relativa indeterminação da lei, uma indeterminação intencional ou até mesmo uma indeterminação não intencional. Ou seja, Kelsen admite uma abertura de atuação interpretativa pela autoridade, a fim de suprir eventual lacuna no ordenamento jurídico.

Kelsen realiza uma formulação relacional entre a Constituição e a lei e entre lei e sentença, admitindo que não é possível que uma norma tenha abrangência ampla o suficiente a abarcar todas as hipóteses de aplicação, dando ensejo a uma margem de livre apreciação do juiz. Explica ainda que, intencionalmente, a própria norma criada possa deixar em aberto possibilidades para sua interpretação e aplicação, podendo haver ainda situações em que um ato de aplicação do direito tenha uma indeterminação não intencional, gerada pela pluralidade de significações de uma palavra ou texto em que a norma se manifesta, podendo-se dali extrair diversos significados possíveis.

O positivismo kelseniano, embora propugnador da subsunção da norma aos fatos, excluindo-se a moral da esfera do direito, acaba por dar margem à livre interpretação e criação do direito pela autoridade. Preconiza Kelsen que a Teoria Pura do Direito estabelece uma moldura dentro da qual há possibilidades de aplicação do direito. A crítica que se pode estabelecer é no sentido de que há uma opção política na formulação das normas do ordenamento jurídico, que viabilizam a criação de normas para o caso concreto pelos juízes, naquelas hipóteses em que há suposta lacuna da lei. A situação vai ensejar uma atuação do magistrado que fará opções de interpretação, de acordo com o bom senso, com costumes, analogia, com princípios gerais e equidade, colocando a autoridade em nível de criador de norma para o caso concreto.

Esse decisionismo é assentado da seguinte forma:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. [...] Sendo assim, a interpretação de um lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas

pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do Tribunal, especialmente. (KELSEN, 2003, p. 390-391)

Essa visão é criticada por autores como Ronald Dworkin, que defendem a existência de uma "melhor resposta" nos casos difíceis, baseada na integridade do Direito. Dworkin se opõe à concepção kelseniana ao afirmar que o sistema jurídico não admite lacunas nem contradições, enquanto Kelsen entende que essas lacunas são inevitáveis e devem ser preenchidas por meio de decisões discricionárias. Para eles, há uma contradição. Embora tenha sustentado a separação de Direito e moral, o próprio Kelsen acaba por contradizer-se, quando argumenta que no processo de criação do direito, tanto a moral, quanto ideais de justiça, juízos de valor podem incidir sobre a gênese normativa e sobre a aplicação do direito pelo juiz, vez que a própria lei viabiliza essa conduta através de expressões como bem comum e interesse do Estado.

Kelsen também destaca que a interpretação jurídica deve respeitar a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, no qual a Constituição ocupa o vértice. Nesse sentido, ele introduz o conceito de "norma fundamental", que serve como fundamento último de validade para todas as normas do sistema. A interpretação, portanto, deve ser consistente com essa norma superior, garantindo a unidade e a funcionalidade do sistema jurídico.

Eis então o Sentido JURÍDICO (Kelsen):

“Constituição é norma pura”, dizia Hans Kelsen.

Constituição é a norma fundamental do Estado, pois dá validade a todo o ordenamento jurídico. Kelsen, pela obra “Teoria Pura do Direito”, dizia que a Constituição **é puro dever ser**.

Por isso, a Constituição não deveria levar em consideração o caráter político, sociológico, filosófico, etc. Isto não teria a ver com o Direito.

A partir da desvinculação da ciência jurídica de valores morais, sociológicos e políticos, Kelsen desenvolve dois sentidos para a Constituição:

Sentido lógico-jurídico: Constituição é a norma fundamental hipotética. Ela serve como fundamento transcendental de validade da Constituição jurídico-positivo. Só há uma norma trazida pela norma fundamental: **“obedeçam a Constituição”**.

Sentido jurídico-positivo: são as normas previstas no texto constitucional e que devem ser obedecidas por conta da Constituição lógico-jurídico.

Consoante Hans Kelsen, a concepção jurídica de Constituição é concebida como a norma por meio da qual regula a produção das normas jurídicas gerais, podendo ser produzida, inclusive, pelo direito consuetudinário.

Como se sabe, a Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um ato de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um ato legislativo. Como, neste segundo caso, ela é sempre condensada num documento, fala-se de uma Constituição “escrita”, para a distinguir de uma Constituição não escrita, criada por via consuetudinária.



A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente. As normas não escritas da Constituição, criadas consuetudinariamente, podem ser codificadas, situação na qual poderão ser codificadas por um órgão legislativo e, portanto, com caráter vinculante, transformando-a em Constituição escrita.

APROFUNDANDO:

O Positivismo Jurídico Atual: Positivismo Exclusivista, Inclusivista e o Não Positivismo

O positivismo jurídico contemporâneo expandiu-se em várias vertentes, refletindo debates profundos sobre a relação entre Direito e moralidade. Essas vertentes incluem o **positivismo exclusivista**, o **positivismo inclusivista** e o **não positivismo**, cada uma com diferentes abordagens sobre a interpretação jurídica e o papel dos valores no Direito.

Positivismo EXCLUSIVO: Conhecido como exclusive legal positivism, nonincorporationism ou hard positivism (positivismo jurídico exclusivo; anti-incorporacionismo; positivismo radical ou inflexível).

O positivismo exclusivista, representado por autores como Joseph Raz, sustenta que o Direito é completamente independente da moral. Para Raz, o Direito deve ser identificado exclusivamente por suas fontes sociais, sem necessidade de recorrer a princípios morais. Ele defende o conceito de “autoridade legítima”, segundo o qual as normas jurídicas devem ser obedecidas porque emanam de autoridades instituídas, e não por estarem em conformidade com valores morais.

A moral não deve ser utilizada como critério de identificação do direito positivo porque não apresenta relevância para a constatação da validade jurídica ou para a interpretação das normas vigentes. A validade decorre da existência de fatos sociais capazes de atribuir validade (“autoridade”) e a interpretação – à qual os exclusivistas pouco se referem – é de competência dos órgãos estatais, sem que seja possível impor limitações externas, decorrentes de considerações morais.

Nesse contexto, a moralidade não é considerada um destaque relevante para a identificação do Direito ou para a interpretação de normas jurídicas. A validade jurídica decorre de **fatos sociais objetivos**, como a promulgação de uma lei por um órgão competente. Assim, a interpretação das normas deve limitar-se ao sistema jurídico em si, cabendo aos órgãos estatais aplicá-los sem recorrer a considerações morais externas.

Uma crítica frequentemente levantada contra o positivismo exclusivista é sua aparente incapacidade de lidar com questões de injustiça flagrante. Por exemplo, regimes autoritários, como o nazismo, poderiam ser considerados juridicamente válidos sob essa perspectiva, desde que suas normas fossem promulgadas pelas autoridades competentes. Essa visão é totalmente rejeitada por correntes que confirmam o papel da moralidade no Direito, como o não positivismo.



Positivismo INCLUSIVO: também conhecido como incorporationism ou soft positivism (termo traduzido para o português como: positivismo moderado). Essa abordagem é adotada por muitos autores contemporâneos, podendo citar os nomes de David Lyons, Jules Coleman e Wilfrid Waluchow. O próprio Hart, em texto postumamente publicado, considerou que sua visão sobre o direito corresponde “àquilo que foi designado como ‘positivismo flexível’”.

Esses autores distinguem entre o **direito visto como fato “duro” (hard fact) e o direito analisado como convenção social (social convention), segundo uma distinção feita por Coleman.** Os valores morais não são sempre decisivos para definir e aplicar o direito. Mas, em certas sociedades, pode haver uma convenção social impondo levar em consideração a moral para determinar a validade e para interpretar normas jurídicas. Acreditam na (possível) existência de sistemas jurídicos que adotam “critérios de juridicidade de cunho moral”: “O caráter jurídico de normas pode depender algumas vezes de seus méritos (morais) substanciais e não somente de sua origem ou fonte social”.

O positivismo inclusivista, admite a incorporação de elementos morais no Direito, desde que essa integração seja autorizada pelo próprio sistema jurídico. Hart é um dos principais defensores dessa visão, ao argumentar que a regra de reconhecimento pode incluir critérios morais como parte do processo de validação das normas. Essa abordagem é mais flexível e permite que o Direito se adapte a contextos éticos e sociais dinâmicos.

Pode ocorrer que, em determinado território e momento, sejam reconhecidos como jurídicos regulamentos feitos “conforme a justiça”, “promovendo o bem-estar de todos”, “segundo valores morais da comunidade”, segundo a “moralidade política” ou, nas palavras de Hart, “conforme princípios morais e valores substantivos”. Em tais situações, uma norma jurídica só é válida se for submetida e aprovada em “exame moral”, dependendo sua validade e a forma de aplicação de qualidades morais, conforme decisão do aplicador.

Hart argumenta que a regra de reconhecimento pode incluir referências explícitas aos princípios morais, como “justiça”, “bem comum” ou “valores comunitários”. Dessa forma, o positivismo inclusivista permite que a moralidade desempenhe um papel no processo jurídico, sem abandonar o núcleo central do positivismo, que é a identificação do Direito por meio de critérios objetivos.

Por exemplo, em sistemas jurídicos democráticos, pode-se considerar que normas relativas à dignidade humana sejam inválidas, ainda que tenham origem em fontes formais. Essa abordagem é particularmente útil em contextos constitucionais, como no Brasil, onde princípios como o da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, CF) exercem forte influência na interpretação e aplicação do Direito.

Críticos do positivismo inclusivista, como **Ronald Dworkin**, argumentam que essa corrente tenta conciliar o inconciliável. Para Dworkin, a validade jurídica não pode depender de critérios sociais e morais ao mesmo tempo, pois isso criaria inconsistências no sistema jurídico.

Não Positivismo

O positivismo não rejeita a separação entre Direito e moral, afirmando que a validade jurídica está intrinsecamente vinculada aos princípios morais. Para **Ronald Dworkin**, o Direito é um

"argumento moral", e a interpretação jurídica deve buscar a melhor justificativa possível para o ordenamento jurídico como um todo. Diferentemente do positivismo exclusivista e inclusivista, o não positivismo sustenta que os princípios têm um papel central na resolução de casos difíceis e na construção do Direito.

Dworkin critica o positivismo por não reconhecer o papel dos princípios como elementos normativos fundamentais. Ele argumenta que o Direito não é apenas um conjunto de regras, mas um sistema integrado por princípios que expressam valores morais. Por exemplo, nos casos como o julgamento da ADPF 54, em que o STF permitiu a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, a decisão foi fundamentada em princípios constitucionais como dignidade humana e saúde, demonstrando como o positivismo não opera na prática.

Outra perspectiva relevante no **não positivismo** é a de **Lon Fuller**, que oferece uma abordagem única para conectar a legitimidade do sistema jurídico com a **moralidade interna do Direito**. Para Fuller, o Direito não é apenas um conjunto de regras impostas de maneira arbitrária, mas sim um sistema normativo que deve respeitar uma série de princípios essenciais que garantem sua funcionalidade e legitimidade. Esses princípios específicos o que ele denomina de **moralidade interna do Direito**, diferenciando-se da moralidade externa, que se refere a valores substantivos como justiça e equidade.

Fuller identifica oito requisitos fundamentais que um sistema jurídico deve observar para ser considerado legítimo e funcional. Esses requisitos incluem **publicidade, coerência, congruência, clareza, generalidade, possibilidade de cumprimento, estabilidade e não retroatividade**. Esses critérios não são apenas técnicos, mas éticos, pois representam um compromisso do legislador e do aplicador do Direito em tratar os indivíduos como agentes racionais e dignos, capazes de compreender e seguir as normas que lhes são impostas.

Entre esses princípios, destaca-se o da **publicidade**, que exige que as normas sejam seguras e visíveis para todos. Para Fuller, um sistema jurídico que oculta suas regras ou as mantém em segredo deixa de ser legítimo, pois impede que os cidadãos ajustem seu comportamento às exigências legais. A **coerência**, por sua vez, exige que as normas sejam logicamente compatíveis entre si, evitando contradições que possam gerar insegurança jurídica. Já a **congruência** refere-se à correspondência entre as normas formuladas e a sua aplicação prática, garantindo que o que está previsto no texto normativo seja eficazmente cumprido pelas autoridades.

Fuller ilustra sua teoria com o célebre exemplo do "rei Rex", que fracassou em oito tentativas de governar porque violou sistematicamente os requisitos da moralidade interna do Direito. Esse exemplo demonstra que a ausência de conformidade com esses princípios resulta em sistemas jurídicos disfuncionais, incapazes de promover a ordem e a justiça.

A teoria de Fuller também é uma resposta às críticas dirigidas ao positivismo jurídico, especialmente ao positivismo exclusivista, que separa completamente o Direito da moral. Para Fuller, essa separação é insustentável, pois a própria estrutura do Direito está imbuída de valores éticos que garantem sua eficácia e legitimidade. Assim, a moralidade interna do Direito não é uma mera recomendação, mas uma condição indispensável para que o sistema jurídico seja respeitado e cumpra sua função na sociedade.

Embora a teoria de Fuller tenha recebido elogios por destacar a dimensão ética do Direito, também enfrentou críticas. Autores como HLA Hart argumentam que a moralidade interna proposta por Fuller é mais uma questão de eficiência do que a moralidade propriamente dita, pois os requisitos identificados por Fuller visam garantir a funcionalidade do sistema jurídico, e não necessariamente sua justiça substantiva.

Apesar dessas críticas, a contribuição de Fuller é significativa, especialmente em contextos autoritários ou em sistemas jurídicos disfuncionais. Sua teoria fornece uma base ética para criticar regimes que promulgam normas arbitrárias ou aplicar o Direito de forma incoerente e imprevisível, reforçando a ideia de que a legitimidade do Direito depende tanto de sua conformidade com princípios éticos quanto de sua origem em fontes formais.

Positivismo Ético: Extremista e Moderado

O **positivismo ético** apresenta uma abordagem distintiva sobre o valor do Direito, dividindo-se em duas correntes principais: **extremista** e **moderada**. Ambas registram um valor intrínseco no Direito, mas variam quanto à natureza e especificamente a esse valor, o que reflete concepções diversas sobre a relação entre validade jurídica e justiça.

No **positivismo ético extremista**, o Direito é considerado justo simplesmente por ser válido. Essa visão atribuída ao Direito um **valor final**, que não depende de seu conteúdo ou de suas consequências. Em outras palavras, a justiça de uma norma é derivada exclusivamente de sua conformidade com os critérios formais de validade estabelecidos pelo sistema jurídico. Essa abordagem enfatiza a conformidade às normas jurídicas, independentemente de qualquer avaliação moral ou ética de seu conteúdo.

Autores que se alinham a essa visão destacam frequentemente a importância de um sistema jurídico coerente e uniforme, no qual a obediência às normas é vista como essencial para a preservação da ordem e da estabilidade social. Contudo, o positivismo ético extremista é frequentemente criticado pela sua potencial conivência com regimes autoritários ou normas manifestamente injustas, já que a sua lógica exclui qualquer avaliação crítica baseada em valores substantivos.

Por outro lado, o **positivismo ético moderado** oferece uma perspectiva mais equilibrada, atribuindo ao Direito um **valor instrumental**, ou seja, o Direito é valioso não em si mesmo, mas como um meio para alcançar determinados objetivos, como a manutenção da ordem, a promoção da paz social e da resolução de conflitos. Essa vertente regular que a validade jurídica é importante, mas também considera as questões práticas e sociais do Direito na sua avaliação.

O positivismo ético moderado permite uma reflexão mais crítica sobre o Direito, admitindo a possibilidade de que normas válidas possam ser contestadas com base na sua incapacidade de cumprir as suas funções sociais ou de atender aos valores éticos fundamentais. Por exemplo, normas que perpetuam desigualdades ou violam direitos humanos podem ser questionadas mesmo que tenham sido criadas de acordo com os procedimentos formais previstos.



A distinção entre essas duas correntes é essencial para compreender o papel do Direito na organização social. O **positivismo ético extremista**, ao priorizar a validade formal acima de tudo, pode exigir a obediência às normas, independentemente de seu impacto social ou moral. Isso pode levar a um sistema jurídico funcional, mas insensível às injustiças estruturais ou transparentes de direitos fundamentais. Por outro lado, o **positivismo ético moderado** oferece uma visão mais pragmática e flexível, permitindo que o Direito seja avaliado em termos de sua eficácia e de sua capacidade de promover a justiça e o bem-estar social.

Autores como **Herbert Hart** e **Joseph Raz** ilustram bem essas perspectivas. Raz, em sua teoria do positivismo exclusivista, aproxima-se do positivismo ético extremista ao enfatizar a separação entre Direito e moralidade. Já Hart, com sua visão mais inclusiva, admite que o Direito pode incorporar elementos morais, desde que isso seja autorizado pelas regras do próprio sistema jurídico, alinhando-se a uma perspectiva moderada.

Essa distinção também é relevante no debate prático sobre o papel do Direito em sociedades democráticas e autoritárias. Em regimes democráticos, o positivismo ético moderado pode ser visto como uma salvaguarda contra abusos de poder, permitindo uma crítica de normas que contradizem valores éticos fundamentais. Já em regimes autoritários, o positivismo ético extremista pode ser usado para justificar a imposição de normas arbitrárias, desde que formalmente válidas.

Assim, enquanto o positivismo ético extremista privilegia a estabilidade e a uniformidade, o moderado equilibra essas qualidades com a possibilidade de adaptação e crítica, oferecendo um modelo mais adequado para lidar com as complexidades e os desafios das sociedades contemporâneas.