



# PONTOS FGV - DIREITO NOÇÕES DE HUMANÍSTICA - PT. 1

 (31) 98021-5992

 @juridico.dc

 dcpreparatorio@gmail.com



### PONTO 1.

#### APOSTA NOSSA

### Pragmatismo, Consequencialismo e Utilitarismo no Direito: Fundamentos, Diferenças e Aplicações

#### 1. Introdução

O pensamento jurídico contemporâneo é cada vez mais permeado por teorias éticas e filosóficas que influenciam a forma de interpretar e aplicar o Direito. Entre elas, destacam-se três correntes que, embora frequentemente associadas, possuem fundamentos distintos: **o pragmatismo jurídico**, **o consequencialismo jurídico** e **o utilitarismo**.

Todas partem da ideia de que o Direito não deve ser apenas um conjunto de normas abstratas, mas um instrumento voltado à realidade e aos **resultados sociais concretos**. No entanto, cada uma delas o faz sob perspectivas diferentes — o **pragmatismo** enfatiza a utilidade prática e a experiência; o **consequencialismo**, a análise dos efeitos das decisões; e o **utilitarismo**, o cálculo da felicidade e do bem-estar coletivo.

#### 2. O Pragmatismo Jurídico: o Direito como Experiência e Utilidade

O **pragmatismo jurídico** surgiu nos Estados Unidos no fim do século XIX, com pensadores como **Charles Sanders Peirce**, **William James** e **John Dewey**, e foi levado ao campo jurídico por **Oliver Wendell Holmes Jr.**, um dos juízes mais influentes da Suprema Corte norte-americana.

Para o pragmatismo, o Direito não é um sistema lógico e fechado de normas, mas **um instrumento social** que deve ser avaliado **pela sua eficácia prática**. Holmes afirmava: “**A vida do Direito não tem sido a lógica, mas a experiência.**” Essa frase resume o espírito pragmatista: a norma jurídica só tem sentido se produz efeitos positivos e concretos na vida das pessoas.

No campo jurídico brasileiro, o pragmatismo aparece em decisões judiciais que buscam equilibrar a rigidez normativa com a realidade concreta.

**Exemplo:** um juiz que, diante de uma comunidade carente ocupando área pública, reconhece a irregularidade da posse, mas suspende a reintegração até que o Poder Público ofereça moradia alternativa. Essa postura não nega o direito de propriedade, mas o **reinterpreta pragmaticamente**, para atender ao valor maior da dignidade humana. É o Direito servindo à vida, e não o contrário.

Dito em outros termos: a decisão adotada com base no **pragmatismo jurídico** **recepção as virtudes do sistema positivado, como a generalidade, a previsibilidade, a objetividade e a imparcialidade, mas também pondera sobre a aptidão do texto normativo para solucionar a controvérsia** e analisa o desempenho prático de decisões tomadas em casos anteriores, para, então, julgar se o prejuízo sistêmico resultante do eventual afastamento da norma é maior ou menor do que o resultante de sua aplicação.

Em síntese, o pragmatismo jurídico não exclui nenhum dos elementos tradicionalmente encontrados na atividade hermenêutica, mas inclui novas perspectivas, relacionadas à ponderação

dos impactos e das consequências da decisão para além dos interesses em discussão no caso concreto, tendo em vista os objetivos de realização do ideal de justiça e de preservação da confiança no sistema jurídico enquanto órgão estabilizador das relações sociais.

Assim, se a teoria do pragmatismo jurídico de Richard Posner não reduz o processo hermenêutico, mas apenas acrescenta novos vetores na interpretação das fontes tradicionais de direito, parece adequado concluir que o seu acolhimento “tem como contrapartida o aumento da complexidade da decisão”

O pragmatismo jurídico, portanto, **rejeita formalismos excessivos** e sustenta que **a interpretação deve ser dinâmica, contextual e voltada a resultados sociais justos**. No Brasil, ele dialoga com o princípio constitucional da **efetividade dos direitos fundamentais** e com o ideal de **tutela judicial adequada e tempestiva**.

### **3. O Consequencialismo Jurídico:**

O **consequencialismo jurídico** tem origem na filosofia moral, mas ganha força no Direito contemporâneo como critério de racionalidade prática. Ele se baseia na ideia de que **a validade de uma decisão jurídica deve levar em conta as suas consequências sociais, econômicas e institucionais**.

Não se trata apenas de aplicar a lei, mas de **avaliar o impacto da decisão sobre o sistema jurídico e a sociedade**. Essa perspectiva ganhou destaque com o movimento do **Law and Economics**, nos Estados Unidos, e hoje é amplamente reconhecida no Brasil — inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

Por consequencialismo entende-se a adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas, com flexibilização do entendimento tecnológico das normas, na busca de uma justiça transcendente. O neoconstitucionalismo trilha linha semelhante, ao admitir uma relativização do texto ser examinado pelo Judiciário com considerável margem para a busca da justiça dentro desse quadro largado da hermenêutica.

O **art. 20 da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)** consagrou expressamente a necessidade de ponderar as consequências das decisões administrativas e judiciais. Ele dispõe que:

“Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

Esse dispositivo é uma tradução legislativa do consequencialismo.

**Exemplo:** ao analisar a constitucionalidade de uma lei que reduz tributos, o STF não pode se limitar à leitura gramatical do texto, mas deve ponderar se a decisão pode gerar **desequilíbrio orçamentário**, afetando políticas públicas essenciais, como saúde e educação.

O consequencialismo não significa utilitarismo puro — não busca “o maior bem para o maior número”, mas **decisões sustentáveis e responsáveis**, que evitem efeitos indesejáveis e respeitem a coerência institucional. Ele é, por assim dizer, **a consciência das consequências jurídicas**, evitando que a Justiça cause injustiças previsíveis.

### **4. O Utilitarismo: a moral do maior bem para o maior número**

O **utilitarismo** é uma teoria ética desenvolvida por **Jeremy Bentham** e aperfeiçoada por **John Stuart Mill**, segundo a qual o critério de justiça de uma ação é **a maximização do bem-estar coletivo**.

Em termos simples, uma decisão é moralmente correta se produzir **o maior saldo de felicidade possível para o maior número de pessoas**.

No Direito, o utilitarismo inspirou a noção moderna de políticas públicas orientadas por **custo-benefício** e pela **eficiência administrativa**. O próprio movimento **Law and Economics** tem raízes utilitaristas, ao propor que a interpretação jurídica deve buscar **a maximização do bem-estar social** por meio de incentivos adequados.

Por exemplo, no Direito Penal, um utilitarista poderia justificar uma pena mais severa não como punição moral, mas como meio eficaz de **reduzir o número de crimes e aumentar a segurança coletiva**. Já no Direito Administrativo, decisões que priorizam investimentos em áreas de maior impacto social — como saneamento e educação — refletem uma lógica utilitarista de **distribuição racional dos recursos públicos**.

O **pragmatismo**, o **consequencialismo** e o **utilitarismo** têm pontos de interseção, mas atuam em planos distintos da razão prática.

O **pragmatismo é metodológico**: fornece um modo de pensar o Direito, centrado na experiência e na eficácia social da decisão. Ele pergunta “qual solução funciona?” e rejeita dogmas teóricos que se afastam da realidade.

O **consequencialismo é hermenêutico e institucional**: é o raciocínio que avalia os efeitos da decisão dentro do sistema jurídico e das estruturas sociais. Ele pergunta “quais serão os impactos desta decisão?”.

O **utilitarismo é axiológico e moral**: oferece um critério ético de justiça, baseado no resultado coletivo. Ele pergunta “o que trará o maior bem possível para a coletividade?”.

Assim, o juiz pragmático busca a utilidade prática; o juiz consequencialista, a responsabilidade pelos efeitos; e o juiz utilitarista, o bem-estar geral. No entanto, todos partem da mesma crítica ao formalismo jurídico: a de que o Direito, se desligado da vida real, torna-se instrumento de injustiça.

Contudo, o utilitarismo sofre críticas importantes: ao focar no resultado coletivo, ele pode **negligenciar os direitos individuais**. Por exemplo, uma política que restringe liberdades civis em nome da segurança pública pode aumentar o bem-estar médio, mas sacrificar minorias. Por isso, o constitucionalismo contemporâneo busca **compatibilizar o utilitarismo com o respeito aos direitos fundamentais**, formando o que a doutrina chama de **utilitarismo de regras**, isto é, a busca do bem comum dentro dos limites do Estado de Direito.

## PONTO 2.

### DIREITO COMO INTEGRIDADE

O questionamento de Direito Constitucional esta relacionado as considerações teóricas formuladas por Ronald Dworkin sobre o direito como integridade. A fundamentação basilar do questionamento é encontrada no livro Império do Direito, escrito por Ronald Dworkin, bem como no texto El concepto de integridade em Dworkin, escrito por Albert Casalmiglia.

A ideia de Dworkin em propor a tese do direito como integridade está imiscuída no contexto histórico vivenciado no século XX. **As grandes guerras mundiais** e a **defesa de correntes positivistas (inclusivistas e não inclusivistas)**, as quais fundavam-se na **estrita interpretação do texto legislativo sem a interferência de conceitos morais**, são pontos de grande relevância para compreender a sistemática de pensamento do autor através de uma perspectiva crítica.

Neste contexto, o pensamento de Ronald Dworkin é precursor, pois desde seus primeiros textos trouxe críticas ácidas ao positivismo jurídico, principalmente ao conceito de direito de H.L.A Hart.

Ao longo de sua vida acadêmica, Dworkin refinou suas respostas ao positivismo e tornou-as a base de uma concepção peculiar acerca do direito, que abrange sua relação com a filosofia política, moral, bem como com a teoria da interpretação.

O que se vê com o trabalho do autor, em suma, **é a mudança do eixo de legitimidade jurídica da lei e do legislador, fundamentos extraídos das correntes positivistas, para o intérprete.**

Neste tocante, ganha relevância o Poder Judiciário, instituição responsável por dizer o direito em sua interpretação ao caso concreto, sobretudo nos casos difíceis.

Pode-se fazer dois questionamentos:

**O que fora estabelecido pelo legislador (regras) pode ser revisto pelo aplicador do direito com base em características decorrentes do caso em concreto, tais como valores morais que exsurtem da própria comunidade?**

**Essa revisão pelo aplicador é condizente com a necessária segurança que deve reger as relações sociais, sob a ótica da equidade e da estabilidade de um Estado constituído?**

Ronald Dworkin trabalha este ponto com um exemplo:

O caso Riggs x Palmer versou sobre a possibilidade de um herdeiro, ao qual havia assassinado o testador, receber o que lhe fora descrito no testamento. O jovem Elmer E. Palmer, com então 16 anos, figurava no testamento de seu avô, o Sr. Riggs, como o principal beneficiário da herança do mesmo, porém, o Sr. Riggs havia a pouco tempo iniciado relacionamento com uma mulher, o que muito preocupava Palmer, que imaginava que devido à influência da atual companheira, o velho Riggs poderia alterar seu testamento, retirando a figura de Palmer do mesmo. Desta forma, Palmer, no ano de 1882 assassinou o avô por envenenamento. A controvérsia criou-se, no que toca ao fato de Palmer ter direito ou não ao recebimento da herança deixada via testamento pelo seu avô.

Os juízes da alta corte de Nova York concordaram que Palmer deveria receber a herança vez que em total sincronia com o direito vigente. Embora contrário a aspectos morais, não havia lei que vedava o recebimento de heranças por herdeiro assassino do testador.

Inconformados, os demais herdeiros de Riggs impetraram recurso junto a Corte de Apelações de Nova York, que decidiu o caso na data de 08 de outubro de 1889, dando parecer favorável aos herdeiros de Riggs, excluindo assim, Palmer do recebimento da herança.

A decisão fundou-se em argumento distinto da previsão legislativa, tais como os princípios e valores morais daquela comunidade em vedar o recebimento de herança por aquele assassinou o testador.

Como solução para a problemática, o autor propõe um viés teórico do direito como integridade. **Essa integridade é entendida como virtude política, assim, exige que as autoridades públicas direcionem suas ações em razão de princípios que estruturam as relações sociais ao mesmo tempo em que responsabiliza cada indivíduo, enquanto parte de um todo. A teoria da integridade pressupõe dois aspectos distintos: um legislativo e outro jurisdicional**, residindo o primeiro na tarefa imposta ao parlamento de, com a produção legislativa, tornar o conjunto de leis do Estado moralmente coerentes, já o segundo aspecto impõe aos magistrados que, por oportunidade da atuação judicante, considerem como pilar hermenêutico a coerência moral que deve envolver o ordenamento jurídico (2007, p. 213).

**A integridade, segundo o autor, é uma terceira virtude política, ao lado da justiça e do devido processo legal**, a qual se refere ao compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade. Com tal matriz teórica se propõe uma possibilidade interpretativa e criadora do direito a ser feita, porém, com coerência principiológica e de acordo com a régua moral traçada pela comunidade regulada.

**A integridade contribui para a eficiência do direito**, uma vez que quando as pessoas são governadas por princípios há menos necessidade de regras explícitas, e o Direito pode expandir-se e contrair-se, organicamente, na medida em que se entenda o que eles exigem em novas circunstâncias. É o caso do exemplo que mencionamos acima, Riggs x Palmer, onde houve uma expansão do direito o fim de atender princípios morais reinantes numa sociedade organizada. Houve neste caso, sob a perspectiva do autor, uma interpretação do direito sob a ótica da integridade.

Para ser mais claro, citamos uma explicação de Dworkin (2007, p. 271):

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

O autor se mostra ferrenho crítico ao convencionalismo e ao realismo jurídico.

O direito como integridade pode ser bem compreendido com o exemplo do romance em cadeia. **Dworkin afirma que os juízes “são igualmente autores e críticos” da história institucional em que se encontra o direito, uma vez que são, simultaneamente, intérpretes e autores de determinada tradição jurídica**, resgatando e colocando em prática as normas do passado que por eles são (re)interpretadas.

Nesse sentido, ele estabelece uma comparação entre direito e literatura e apresenta o direito como literatura, criando um gênero artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”. Neste projeto, um grupo de escritores produz um romance em série, sendo que cada romancista

interpreta a totalidade dos capítulos que foram escritos individualmente pelos escritores que o precederam e, nesse sentido, cada um, a sua vez, deve extrair e dar ao texto que lhe foi entregue uma unidade significativa, de maneira que, ao final, seja criado o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.

Dessa forma deve ser a aplicação do direito pelo intérprete. Numa intersecção pela teoria dos precedentes, de viés processual, o exemplo do romance em cadeia como explicação do direito como integridade busca conferir à liberdade do intérprete a necessária coerência para fomento da segurança jurídica, valor de grande relevância para cultivar a igualdade e a consolidação de um Estado de direito.

Para o fim de se fazer aplicar este paradigma (direito como integridade), Dworkin cria a figura do juiz Hércules, sendo ele o responsável por apresentar a complexa estrutura interpretativa que o direito como integridade exige. Trata-se de “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”. Hércules respeita a integridade do direito e, por isso, dirige seus julgamentos no sentido de respeitar as decisões do passado interpretando-as com o intuito de construir uma teoria política suficientemente abrangente que justifique a prática jurídica como um todo de acordo com a melhor luz dos princípios políticos.

As opiniões deste juiz sobre a adequação se irradiam a partir do caso que tem diante de si em uma série de círculos concêntricos e, nesse sentido, ele estabelece uma teoria do direito que inclua os precedentes, a legislação e a constituição, a partir de um sistema de princípios conexos entre si.

Hércules, porém, nega o modelo ortodoxo de intenção legislativa. Ele, sob o modelo de interpretação construtiva e do direito como integridade, busca, pois, justificar a legislação de acordo com a combinação de princípios e políticas que a integridade e a equidade exigem, em se tratando de uma lei votada democraticamente, uma vez que um juiz não pode aplicar determinado princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação no seguinte sentido: o princípio não deve estar em confronto com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.

STJ.

### PONTO 3.

#### DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

Desacordos Morais Razoáveis são aquelas matérias polêmicas, complexas, sobre questões emergentes ou persistentes, para as quais **existe a possibilidade de admitir soluções antagônicas, diametralmente opostas, a partir de uma interpretação racional do próprio sistema jurídico.** São posições inteiramente divergentes, porém, constitucionalmente legítimas e aceitáveis, coexistindo no seio da sociedade.

De acordo com a definição do Min. Roberto Barroso, os desacordos morais razoáveis ocorrem quando “*pessoas esclarecidas e bem-intencionadas interpretam de maneira oposta o sentido da norma (anencefalia, pesquisas com células-tronco embrionárias).*”

Em nossas sociedades pluralistas, pessoas de boa-fé, bem informadas e bem-intencionadas discordam profundamente sobre quais direitos possuem, seu conteúdo e seu alcance. Discordam sobre questões centrais que refletem escolhas maiores que qualquer sociedade moderna precisa enfrentar e que são o ponto focal da discordância moral e política, como aquelas envolvendo o

aborto, a eutanásia, a pena de morte, os direitos de suspeitos de crimes, as pesquisas científicas sobre células-tronco embrionárias, entre outras.

**Seria possível invocar a existência de um desacordo moral razoável para negar direitos a alguém?** Não, uma vez que nos desacordos razoáveis, não há uma resposta que possa se chamar de correta. Em verdade, o que ocorre nessas situações é uma tolerância quando a decisão é tomada pelos órgãos representativos, cientes de que, embora se tenha garantido o exercício do direito de participar da decisão que a todos importa, seja por movimentos de apoio ou simplesmente pelo voto, sua posição foi derrotada pela maioria e de que, eventualmente, pode ser modificada em outro cenário político.

O exemplo mais citado na doutrina é a união familiar homoafetiva. Conquanto se trate de uma posição minoritária, repugnada por setor específico da sociedade, NÃO se pode negar o exercício dos direitos fundamentais.

#### PONTO 4.

#### **Backlash na jurisdição constitucional. Conceitue e exemplifique**

A História revela um possível e provável nexos etiológico entre posicionamentos judiciais em questões controversas e uma enfurecida revanche por parte de grupos cujos interesses foram atingidos pela decisão. É como se houvesse um **gatilho político invisível**, que é acionado sempre que os Tribunais se precipitam em desacordos moráveis, sensíveis, ainda não amadurecidos pela sociedade.

O fenômeno do backlash não passou despercebido por Richard Posner, que suscitou, por meio de perguntas semânticas, se não haveria um nexos de causalidade entre as decisões garantistas, da Corte de Warren e a superveniência de uma legislação penal mais severa.

A partir de todas essas evidências, é válido inferir que existe uma relação mecanicista entre as decisões judiciais sobre desacordos morais não amadurecidos pela sociedade e a revanche *backlash*. A questão que se põe, entretanto, é mais profunda: **o backlash é mesmo um efeito indesejado e, portanto, algo a ser evitado?**

ABORDAGEM JURISTOCÊNTRICA

CONSTITUCIONALISMO  
DEMOCRÁTICO

De uma maneira geral, backlash é visto como uma ameaça à autoridade das Cortes e até mesmo à solidariedade social. Portanto, trata-se um fenômeno indesejável e contraproducente, que, como tal, deve ser respeitado Cass Sunstein

O significado de uma Constituição não é ditado unicamente por uma Corte Constitucional, porque o povo também e interprete desse documento político. É exatamente essa reação popular que pode induzir os juizes a interpretarem a Constituição de

maneira diferente, fenômeno est que só presta obséquio à democracia.  
Robert Prost

O Min. Luís Roberto Barroso os apresenta como **hard cases**, ou seja, aqueles despidos de solução pronta oferecida pelo ordenamento jurídico.

Recapitulando o conceito de **backlash** como sendo a reação popular a determinada decisão, **na maioria das vezes judicial, gerando verdadeira convulsão social e, muitas vezes, um retrocesso sobre o tema**. Importante frisar que parte da doutrina entende que as decisões judiciais são aquelas mais sujeitas ao backlash, diante da falta de legitimidade popular.

Importante que o candidato cite que o backlash não é exclusivo das decisões judiciais, embora mais frequente nesses casos.

Como exemplos, o candidato pode citar, entre outros:

- Bowers v. Hardwick: Nos EUA, em 1986, um cidadão americano flagrado tendo relações sexuais com outro homem, fato que deu ensejo a persecução penal pelo crime de sodomia.

Invocando o direito constitucional à privacidade, já que flagrado dentro de seu lar, o acusado postulou a invalidade da lei estadual que criminalizava as práticas homossexuais. A Suprema Corte se negou a fazê-lo, gerando reação da fração LGBT;

- Dred Scott v. Sanford: Nos EUA, em 1857, a Suprema Corte Norte-Americana negou a um escravo legitimidade ativa para postular sua própria liberdade, sendo considerada uma das causas remotas que deflagrou a Guerra Civil;

- Decisão do STF que considerou recepcionada a Lei de Anistia gerou backlash da sociedade, com ajuizamento de ações judiciais pelos partidos políticos e pelo STF;

- Decisão de Juiz de SP que afirmou não ter tido constrangimento da conduta do agente que ejaculou em uma jovem, no interior de um ônibus, gerando backlash com reclamações da sociedade e a edição, pelo Congresso Nacional, da Lei 13.718/18, que tipifica a “importunação sexual”.

STJ.

## PONTO 5.

Já que falamos de HARD CASES.

### Como julgar um HARD CASE?

Três grandes corrente debatem sobre o tema:

**1ª Corrente:** Discricionariamente, deve o Juiz empregar uma **interpretação razoável** (HART). Esta é a visão positivista, que fatalmente reconhece uma discricionariedade.

**2ª Corrente:** O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. (Dworking) Neste caso, os princípios cumprirão uma importante função. Não há discricionariedade.

**3ª Corrente:** Primeiro, projetam-se as consequências de cada interpretação alternativa. Será considerada correta a que gerar às melhores consequências. (Posner)

## PONTO 6.

### 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 conciliável e 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 fornece uma teoria 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 convivência 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.

## PONTO 7.

### Procedimentalistas e Substancialistas

O debate entre **procedimentalistas** e **substancialistas** reflete visões distintas sobre o papel da Constituição e da jurisdição constitucional na concretização de valores democráticos. Embora ambos **concordem que a Constituição é um marco fundamental para a organização política e jurídica da sociedade**, **divergem quanto à extensão do papel do intérprete constitucional** e ao alcance do controle judicial sobre decisões políticas.

Os **procedimentalistas** defendem uma jurisdição constitucional mais **modesta e autocontida**, limitando o papel dos juízes ao de **fiscalizadores do processo político**, sem interferir no conteúdo substantivo das decisões democráticas. Segundo essa visão, o objetivo principal do controle judicial é garantir que os processos deliberativos ocorram de forma justa e inclusiva, respeitando as regras previamente estabelecidas pelo constituinte. Para os procedimentalistas, a jurisdição constitucional não deve criar direitos ou obrigações que não estejam claramente previstas no texto constitucional. Essa abordagem se alinha ao pensamento de autores como **John Hart Ely**, que argumenta que a função principal da jurisdição constitucional é **proteger os canais democráticos** e garantir a participação política, sem importância valores substantivos específicos.

Em contrapartida, os **substancialistas** assumem um papel mais **proeminente para a Constituição e para os tribunais**, afirmando que a Constituição deve consagrar **direitos fundamentais, princípios e fins públicos** que promovam os grandes valores de uma sociedade democrática, como justiça, igualdade e liberdade. Para os substancialistas, os juízes devem controlar não apenas os procedimentos, mas também os resultados das deliberações políticas que podem contrariar os princípios constitucionais. Ronald Dworkin, um dos principais expoentes do substancialismo, sustenta que o Direito é uma questão de **integridade**, e que os juízes devem interpretar a Constituição de forma para buscar a melhor justificativa moral para as normas e princípios que ela consagra. Essa abordagem implica uma função judicial mais ativa, na qual os tribunais podem invalidar políticas públicas que violem direitos fundamentais ou valores constitucionais, mesmo que essas políticas sejam resultados de processos democráticos.

A principal crítica ao **procedimentalismo** reside no fato de que a ênfase exclusiva nos processos deliberativos pode negligenciar direitos fundamentais, permitindo que a maioria das políticas aprovem medidas que comprometam valores democráticos essenciais. Por outro lado, o **substancialismo** é frequentemente acusado de **ativismo judicial**, com o risco de que os juízes extrapolem suas funções ao impor suas próprias visões de justiça e moralidade, subvertendo o princípio da soberania popular.

## PONTO 8.

### Interpretativismo e Não Interpretativismo

O debate entre **interpretativistas** e **não interpretativistas** complementa a discussão entre procedimentalismo e substancialismo, concentrando-se nos métodos de interpretação da Constituição. Enquanto o **interpretativismo** busca limitar a interpretação à **letra da Constituição** e ao significado atribuído originalmente pelo constituinte, o **interpretativismo não** admite uma interpretação mais ampla, que considere princípios e valores substantivos para além do texto constitucional.

Os **interpretativistas** defendem que os juízes devem **limitar-se ao texto constitucional**, captando o sentido explícito ou, no máximo, implicitamente contido no documento. Essa visão está fortemente associada ao formalismo jurídico tradicional, no qual a função do juiz é meramente declarativa e não criativa. O interpretativismo é fundamentado na ideia de que a soberania popular se manifesta no texto constitucional, e qualquer ampliação desse sentido seria uma usurpação do poder legislativo. Essa abordagem é próxima do **originalismo** nos Estados Unidos, defendida por autores como **Antonin Scalia**, que enfatizam a importância de preservar a intenção original dos constituintes.

Em contrapartida, os **não interpretativistas** argumentam que a Constituição deve ser entendida como um documento **dinâmico e evolutivo**, cuja interpretação deve considerar **princípios de justiça, liberdade e igualdade**. Essa abordagem suporta a possibilidade de os juízes decidirem um papel criativo, utilizando valores substantivos para resolver questões que o texto constitucional, por sua abstração ou generalidade, não consegue abarcar. Autores como **Ronald Dworkin** e **Bruce Ackerman** sustentam que a interpretação constitucional deve acompanhar-se aos valores democráticos e à evolução da sociedade, admitindo o **ativismo judicial** como uma ferramenta legítima para corrigir injustiças ou lacunas legislativas.

Embora o interpretativismo ofereça maior **segurança jurídica** e previsibilidade, sua ameaça pode limitar a adaptação da Constituição às mudanças sociais e políticas. Por outro lado, o não interpretativismo é mais **flexível e progressista**, mas enfrenta críticas por questões centrais que comprometem a **estabilidade do ordenamento jurídico**, ao permitir interpretações subjetivas e inconsistentes.

## PONTO 9.

### Minimalismo judicial e as personas constitucionais

Cass Sunstein desenvolveu uma abordagem conhecida como "**minimalismo judicial**", que se caracteriza por colocar limites e objetivos as decisões judiciais, adotando uma postura cautelosa e pragmática no exercício da jurisdição constitucional. Para Sunstein, o papel dos juízes deve ser o de decidir casos de maneira limitada, evitando criar **precedentes amplos ou radicais** que possam comprometer a estabilidade jurídica e política. Esta abordagem reflete uma preocupação com o **impacto das decisões judiciais no tecido social e na preservação do equilíbrio entre os Poderes**.

**Sunstein** argumenta que **decisões minimalistas são mais adequadas para promover a evolução gradual e consensual do sistema constitucional**. Ao optar por resoluções restritas às controvérsias imediatas, os juízes permitem que o sistema democrático tenha tempo e espaço para absorver as mudanças jurídicas, garantindo que as políticas públicas sejam formuladas e inovações sejam trazidas pelas instituições democráticas, como o Legislativo e o Executivo. Segundo ele, essa postura respeita a **pluralidade da sociedade moderna**, confirmando que o **Judiciário não possui a mesma legitimidade democrática das instituições eleitas para impor mudanças amplas e substanciais**.

Um exemplo prático dessa abordagem pode ser observado em **Roe v. Wade** (1973), decisão amplamente debatida nos Estados Unidos. Enquanto alguns críticos defendem que o caso exemplifica um ativismo judicial que extrapola os limites do Judiciário, Sunstein poderia argumentar que um julgamento minimalista teria tratado apenas das especificidades do caso concreto, evitando estabelecer um precedente tão abrangente sobre o direito ao aborto..

Sunstein enfatiza que o **minimalismo judicial é particularmente importante em casos que envolvem mudanças sociais profundas**, onde as decisões judiciais podem desencadear divisões políticas ou culturais significativas. Ele acredita que uma **abordagem contida do Judiciário fortalece o processo democrático**, permitindo que o debate público amadureça e que as mudanças ocorram por meio de deliberações democráticas e não por imposições judiciais. Por exemplo, em temas como direitos LGBTQIA+ ou mudanças climáticas, Sunstein sugere que a atuação judicial deve ser calibrada para evitar decisões que possam alienar setores da sociedade ou minar a legitimidade do Judiciário.

Além disso, o minimalismo judicial tem como objetivo evitar os riscos do "**judicialismo expansivo**", no qual o Judiciário assume um papel desproporcional no processo de governança, impondo sua visão sobre questões que deveriam ser resolvidas pelos representantes eleitos. Sunstein alerta que essa prática pode gerar **instabilidade jurídica**, ao criar precedentes amplos que se tornam difíceis de revogar ou ajustar conforme o contexto social evolui.

Críticas à abordagem minimalista também existem. Alguns teóricos argumentam que, em certos casos, uma cautela excessiva pode levar à **omissão judicial**, deixando de garantir direitos fundamentais ou perpetuando injustiças sistêmicas. Em temas como segregação racial ou discriminação de gênero, as decisões mais contundentes do Judiciário foram essenciais para promover mudanças estruturais. No entanto, Sunstein defende que, mesmo nesses casos, a atuação judicial deve ser justificada pela ausência de ação democrática, funcionando como uma última linha de defesa, e não como um substituto para o processo político.

### 1) Minimalismo Judicial

O minimalismo judicial é uma teoria que propõe que os tribunais, especialmente a Suprema Corte, devem adotar uma abordagem cautelosa e restrita na tomada de decisões. Os pontos centrais do minimalismo judicial de Sunstein incluem:

**Evitar Decisões Amplas e Abrangentes:** Os juízes devem buscar resolver os casos da maneira mais limitada possível, evitando estabelecer precedentes amplos ou tomar posições abrangentes sobre temas complexos e polêmicos. Isso respeita a democracia, permitindo que questões controversas sejam resolvidas principalmente pelo legislativo e pela sociedade.

**Decisões Incrementais:** O minimalismo sugere que os tribunais avancem em pequenos passos, decidindo apenas o necessário para resolver o caso específico, em vez de criar grandes mudanças no ordenamento jurídico.

**Justificativa Parcial:** Os juízes não precisam oferecer justificações abrangentes ou ideológicas para suas decisões. Isso permite que os tribunais se concentrem em soluções práticas para os casos, sem impor teorias jurídicas amplas.

**Redução de Conflitos Sociais:** Sunstein acredita que decisões amplas e radicais muitas vezes exacerbam divisões sociais. O minimalismo ajuda a evitar essa polarização.

Exemplo: No caso **Bush v. Gore** (2000), que decidiu a eleição presidencial nos EUA, a Corte usou uma abordagem minimalista ao afirmar que a decisão era limitada àquele caso específico, sem estabelecer precedentes amplos.

#### Vantagens do Minimalismo:

Promove estabilidade jurídica.

Dá espaço para o desenvolvimento gradual do Direito.

Respeita a democracia ao evitar decisões judiciais intrusivas.

#### Críticas ao Minimalismo:

Pode gerar incertezas ao evitar esclarecimentos amplos.

Não resolve problemas estruturais de maneira definitiva.

### 2) Personas Constitucionais

Cass Sunstein também desenvolveu a ideia de **personas constitucionais** como uma forma de caracterizar diferentes tipos de juízes ou abordagens à interpretação constitucional. Essas "personas" refletem como os juízes encaram seu papel no sistema democrático e judicial. Algumas das personas que Sunstein descreve incluem:

**Minimalistas:** Juízes que preferem decisões limitadas e cautelosas, alinhados com o minimalismo judicial. Eles evitam emitir grandes declarações de princípios constitucionais, preferindo soluções pontuais.

**Fundamentalistas (ou Originalistas):** Juízes que acreditam que a interpretação da Constituição deve ser baseada no significado original do texto no momento de sua adoção.

**Perfeccionistas:** Juízes que buscam usar a Constituição como uma ferramenta para alcançar ideais de justiça e equidade, mesmo que isso implique decisões amplas e progressistas.

**Pragmatistas:** Juízes que tomam decisões com base em suas consequências práticas, visando resultados úteis e eficientes.

Essas personas ajudam a compreender os diferentes estilos e métodos adotados pelos juízes, além de destacar como suas abordagens afetam o desenvolvimento do Direito e a interação entre Judiciário e sociedade.

## PONTO 10.

### Métodos de Interpretação Constitucional Segundo JJ Canotilho

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**, ela 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 **casuismo 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

**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.

**Caráter prático**: A interpretação é externa para a solução de questões reais, privilegiando o resultado mais adequado ao caso.

**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 casuismo 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:

**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.

**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.

**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 comprometer-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.