

ano 20 - n. 82 | outubro/dezembro – 2020
Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i81
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Bases teóricas da interpretação constitucional

Theoretical grounds of the constitutional interpretation

Claudio Ari Mello*

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil)
claudio.mello@pucrs.br

Recebido/Received: 04.01.2020/January 4th, 2020

Aprovado/Approved: 22.08.2020/August 22th, 2020

Resumo: A interpretação constitucional é um tema central para entender o papel exercido pela constituição, pelos juristas e pelos tribunais nas democracias constitucionais contemporâneas. A interpretação da constituição tem sido o campo de batalha onde são travadas as grandes disputas doutrinárias, ideológicas e políticas do constitucionalismo moderno. O artigo procura estruturar teoricamente essas disputas, expondo as linhas fundamentais das teorias da interpretação jurídica que, ao longo das últimas décadas, têm disputado a hegemonia cultural da interpretação constitucional: o formalismo, o realismo, o construtivismo e o consequencialismo jurídico. O objetivo do ensaio é evidenciar como a dialética entre as concepções teóricas nos permite compreender melhor a complexidade da atividade interpretação das constituições.

Palavras-chaves: Teoria constitucional. Interpretação constitucional. Formalismo jurídico. Realismo jurídico. Construtivismo jurídico.

Abstract: Constitutional interpretation is a central theme to understand the role played by the constitution, the jurists, and the courts in the contemporary constitutional democracies. The interpretation of the constitution has been the battlefield where has taken place the great doctrinal, ideological, and political struggles of modern constitutionalism. The article seeks to structure theoretically those debates by expounding the fundamental lines of the theories of legal interpretation that along the last decades have been disputing the cultural hegemony of the constitutional interpretation: formalism, realism, constructivism, and juridical consequencialism. The goal of the essay is to show how the dialectics between these theoretical approaches gives us a better understanding of the complexity of the constitutional interpretation.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 251-285, out./dez. 2020.

* Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre/RS, Brasil). Doutor em Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. *E-mail:* claudio.mello@pucrs.br.

Keywords: Constitutional theory. Constitutional interpretation. Legal formalism. Legal realism. Legal constructivism.

Sumário: 1 Introdução – 2 Formalismo jurídico – 3 Realismo jurídico – 4 Realismo moderado – 5 Construtivismo interpretativo e leitura moral da constituição – 6 Consequencialismo jurídico – 7 Considerações finais – Referências

1 Introdução

Interpretar uma constituição é determinar o significado de um texto dotado basicamente de enunciados normativos, na forma de regras e princípios jurídicos. Nesse sentido básico, a interpretação de uma constituição parece não ser diferente da interpretação de uma lei ou qualquer outro ato normativo jurídico. Considerando que a ciência do direito desenvolveu, ao longo dos últimos dois séculos, uma sofisticada metodologia jurídica para orientar a atividade de interpretação de textos legais, a interpretação das constituições também pode ser realizada por meio da aplicação dos métodos elaborados para a interpretação de documentos legais. Ainda que essa metodologia tenha sido produzida originalmente no âmbito do direito privado e esteja historicamente vinculada à interpretação da legislação ordinária, a sua estrutura teórica permanece válida para a interpretação de qualquer texto legal escrito, inclusive para constituições.

Por outro lado, uma constituição moderna é um ato normativo jurídico diferente de uma lei. Embora seja também um texto escrito composto de enunciados normativos na forma de regras e princípios, a constituição é a lei fundamental de um sistema jurídico. Nela estão incorporadas as normas que organizam a estrutura básica do Estado e dos seus poderes e as normas que preveem os direitos fundamentais dos cidadãos. Na elaboração dessas normas, é muito difícil evitar um elevado grau de generalidade, indeterminação e incompletude, sensivelmente superior àquele que encontramos nos enunciados normativos das leis e demais atos normativos. Além disso, uma constituição moderna incorpora as decisões políticas fundamentais de uma sociedade. Dentre essas decisões políticas, estão os princípios e objetivos fundamentais da organização política do Estado e os valores morais que a sociedade decidiu tornar públicos, universais e dotados de força jurídica. A generalidade, indeterminação e incompletude das normas da constituição, assim como a natureza política e moral de muitos de seus enunciados normativos, exigem um tipo de raciocínio diferente daquele empregado na interpretação e aplicação das leis.

Essa dualidade das constituições modernas há décadas tem gerado um acalorado debate entre aqueles que se ocupam da teoria da interpretação constitucional. Alguns defendem a tese da inespecificidade da hermenêutica constitucional *vis-à-vis* à teoria geral da interpretação jurídica. Para estes, interpretar

uma constituição é uma atividade idêntica à interpretação de leis e, por isso, pode ser realizada mediante a aplicação da metodologia jurídica tradicional.¹ Outros sustentam a tese da especificidade ou da particularidade da interpretação constitucional, propugnando que a interpretação de uma constituição moderna depende de métodos, critérios e objetivos próprios, distintos daqueles utilizados na interpretação de leis.² Portanto, seria indispensável a elaboração de uma metodologia jurídica específica para a interpretação constitucional. Por fim, há aqueles que pensam que a interpretação constitucional deve conjugar a metodologia jurídica geral com métodos desenvolvidos especialmente para a aplicação de textos constitucionais.³

Neste artigo, não pretendo expor uma teoria geral da interpretação constitucional, mas apresentar as principais correntes teóricas empregadas ou desenvolvidas ao longo do constitucionalismo moderno para entender e para orientar a interpretação de um texto constitucional. O propósito é expor as bases teóricas que permitem compreender no que consiste a atividade de interpretação jurídica e formular um

¹ Nesse sentido, ver ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Desmystifying Legal Reasoning*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008. p. 220-232; GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Turim: Giappichelli Editore, 2001: “Do ponto de vista das técnicas de interpretação – ou seja, das técnicas de argumentação das decisões interpretativas – a interpretação constitucional não apresenta nenhuma especificidade em relação a qualquer outro texto normativo (não convencional). Em outras palavras, a constituição está sujeita às mesmas técnicas interpretativas que são comumente usadas por leis e regulamentos” (p. 147); ainda, TROPER, Michel. L’interprétation constitutionnelle. In: TROPER, Michel. *Le Droit et La Nécessité*. Paris: PUF, 2011. p. 154-168.

² Uma parte significativa das obras sobre direito constitucional no Brasil considera que a interpretação constitucional é dotada de problemas e métodos próprios que não se confundem com os da metodologia jurídica tradicional. Exemplos dessa perspectiva encontramos em obras de grande impacto doutrinário, como SARLET, Ingo Wolfgang. Linhas Mestras da Interpretação Constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8. edição. São Paulo: Saraiva. p. 218-236; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Interpretação da Constituição: Noções Elementares. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 81-98; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 8. edição. São Paulo: Saraiva, 2019; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Uma das mais influentes fontes doutrinárias da tese da especificidade da interpretação constitucional no direito constitucional brasileiro é CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 203-250, que, por sua vez, adota os chamados “princípios de interpretação constitucional” propostos pelo constitucionalista alemão Konrad Hesse: a) unidade da constituição; b) concordância prática; c) correção funcional; d) efeito integrador; e) força normativa da constituição (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 26-29). Para uma crítica das abordagens sobre interpretação constitucional na literatura especializada brasileira, especialmente aquelas baseadas na obra de Gomes Canotilho e Hesse, ver SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-144. Para uma cuidadosa exposição das peculiaridades da interpretação constitucional, ver ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia Costituzionale*. Milão: Il Mulino, 2012. p. 65-126.

³ Uma das principais referências doutrinárias para uma teoria da interpretação constitucional que associa a metodologia jurídica tradicional a princípios específicos da interpretação constitucional é MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Segundo Müller, “os meios de interpretação do texto das normas devem ser complementados para a metódica do direito constitucional por princípios de interpretação da constituição. Estes são apenas na sua menor parte autônomos (e.g. imperativo da interpretação conforme constituição, imperativo da correção funcional do resultado); na sua maior parte eles são casos especiais dos recursos tradicionais de interpretação” (ob. cit., p. 104).

quadro geral das grandes estruturas teóricas concebidas para compreender o problema da interpretação jurídica e como elas repercutem no âmbito da interpretação constitucional. Para tanto, vou dividir as teorias da interpretação constitucional em cinco grandes concepções teóricas: (i) formalismo jurídico; (ii) realismo jurídico; (iii) realismo jurídico moderado; (iv) construtivismo jurídico; (v) consequencialismo jurídico. Com esse quadro geral, pretendo explicitar a fenomenologia da interpretação das constituições para, ao final, definir quais dessas teorias gerais da interpretação jurídica melhor se ajustam aos problemas específicos da interpretação da constituição.

O artigo tem por escopo a análise de abordagens teóricas associadas à interpretação jurídica e, por isso, não contém exame da interpretação constitucional produzida pelo Supremo Tribunal Federal e outras cortes judiciais, brasileiras ou estrangeiras. Embora entenda que o estudo das posições adotadas pela Suprema Corte brasileira é uma etapa imprescindível no processo de compreensão da estrutura e da função da interpretação constitucional, a pesquisa da jurisprudência e a exposição de seus resultados seriam incompatíveis com o espaço dedicado a este artigo científico, mas, se o texto incitar pesquisadores a confirmar ou a refutar as premissas gerais nele expostas mediante o exame das decisões do Supremo Tribunal Federal e outras cortes, então o artigo já terá sido proveitoso.

2 Formalismo jurídico

O formalismo jurídico pode ser inicialmente identificado como uma concepção teórica sobre a natureza da interpretação jurídica associada à ascensão e hegemonia do Estado de Direito liberal burguês, a partir do final do século XVIII, e à agenda do positivismo jurídico legalista, enquanto teoria e ideologia sobre o conceito de direito. Por isso, toda a sua estrutura conceitual foi sendo desenvolvida com o propósito de assegurar na maior medida possível valores caros a essas ideologias, como a segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade e calculabilidade do direito, a objetividade das decisões judiciais, o isolamento do raciocínio judicial em relação a argumentos extrajurídicos, o fomento da neutralidade política dos juízes e a interdição do subjetivismo da interpretação do direito positivo.

O formalismo parte da ideia fundamental do positivismo jurídico legalista do século XIX, que compreende o direito como um sistema completo de normas jurídicas claras e precisas editadas pela autoridade política competente, especialmente o Poder Legislativo.⁴ Partindo dessa concepção da natureza do direito, o formalismo sustenta

⁴ Embora esse vínculo entre positivismo jurídico e formalismo seja adequado tanto do ponto de vista das origens históricas das duas concepções quanto em relação às suas estruturas teóricas, é preciso ter presente que não há uma relação inextricável entre ambas. É perfeitamente possível sustentar uma teoria

que o raciocínio jurídico deve ser entendido como uma atividade essencialmente cognitivista e dedutivista, por meio da qual o jurista, especialmente o juiz, apenas declara o direito preexistente que ele descobre interpretando os textos autoritativos.⁵ Essa concepção aparece precocemente em um dos ícones do liberalismo político, Cesare Beccaria, que, no seu célebre *Dei Delitti e delle Pene*, de 1764, diria que “o juiz deve fazer um silogismo perfeito. A premissa menor deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o juiz o fizer por contra própria, tudo se torna incerto e obscuro”.⁶

A concepção formalista da interpretação jurídica é uma teoria cognitivista da atividade interpretativa porque entende que a atividade desenvolvida pelo intérprete pode ser descrita essencialmente como a ação de *conhecer* ou descobrir o significado que já está presente no texto legal interpretado. A interpretação não é, pois, uma atividade de *atribuição* de significado ao texto interpretado por parte do intérprete, como mais tarde afirmariam os teóricos realistas, como também não é uma atividade de *construção* argumentativa de significados ou de normas jurídicas a partir de documentos legais ou outras fontes, como pretendem hoje os construtivistas. Podemos sintetizar as principais teses formalistas nas seguintes proposições:

- (a) o direito é um sistema autônomo, completo e coerente de normas jurídicas, que regula direta ou indiretamente a totalidade da vida social;
- (b) o significado do comando normativo das normas jurídicas está suficientemente definido no texto que prevê a norma;
- (c) a atividade de aplicação das normas jurídicas é meramente declaratória ou cognitiva, ou seja, exige que o aplicador interprete as disposições legais para descobrir o significado já contemplado no texto normativo a ser aplicado;

positivista do direito e rejeitar, em maior ou menor medida, o formalismo jurídico, como, aliás, fizeram alguns dos principais teóricos positivistas do século XX, como Alf Ross, Hans Kelsen e H. L. A. Hart. Ver ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000; HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

⁵ Para uma exposição abrangente e aprofundada do formalismo jurídico a partir da sua relação com o positivismo jurídico, ver STONE, Martin. Formalism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 166-205. Ver, do mesmo autor, STONE, Martin. Focalizando o Direito: O que a interpretação jurídica não é. In: MARMOR, Andrei (editor). *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 47-143. Para uma defesa contemporânea e sofisticada do formalismo jurídico, ver SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, mar. 1988, p. 509-541. Para uma crítica ao formalismo, ver UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*. Londres/Nova Iorque: Verso, 2015. p. 83-94.

⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Edipro, 2001. p. 20.

- (d) a atividade de aplicação de normas jurídicas é essencialmente dedutiva ou subsuntiva, cabendo ao aplicador usar a dedução lógica para extrair da norma a única resposta certa oferecida pelo sistema jurídico;
- (e) como o direito é um sistema autônomo, a aplicação de normas jurídicas não exige que o aplicador recorra a razões não jurídicas para a compreensão do significado da norma, como razões morais, políticas e econômicas;
- (f) o aplicador de normas jurídicas não dispõe de discricionariedade para escolher diferentes significados na interpretação da norma ou para criar direito novo, não compreendido expressa ou implicitamente na linguagem das disposições legais;
- (g) eventuais lacunas no direito devem ser resolvidas mediante analogia com outras normas já existentes no sistema jurídico.

O formalismo jurídico desenvolveu uma metodologia específica de interpretação jurídica, que podemos chamar de teoria clássica da interpretação jurídica. Trata-se de uma teoria bastante sólida, elaborada ao longo de dois séculos de estudos e que vem sendo transmitida desde então por grande parte dos teóricos e práticos do direito no universo dos sistemas jurídicos romano-germânicos.⁷ Muito embora essa metodologia jurídica tenha sido originalmente elaborada no âmbito do direito privado, nem por isso ela deixou de ser empregada no direito público, inclusive no direito constitucional.⁸ Mesmo autores que propõem uma atualização e uma especialização da hermenêutica constitucional costumam ressaltar a persistência da utilidade da metodologia jurídica clássica para a interpretação das constituições. Conquanto existam importantes variações de conteúdo e de terminologia na literatura especializada e na própria apropriação judicial de seus conceitos, é possível dizer que essa metodologia operou historicamente em torno de algumas diretrizes gerais usadas na interpretação jurídica, que, em uma abordagem bastante conservadora, podem ser identificadas com estas quatro modalidades básicas de interpretação jurídica: linguística, genética, teleológica e sistemática.

- (i) Interpretação linguística ou literal: recomenda ao intérprete iniciar, basear e mesmo limitar a sua interpretação a partir do significado das palavras utilizadas nos textos legais. Os textos legais são, portanto, o ponto de partida e, eventualmente, também o limite de qualquer interpretação

⁷ Ver LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do Método Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2016. In: MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba: Juruá, 2014; LAMEGO, José. *Elementos de Metodologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2018.

⁸ Ver MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, cit. Sobre a assimilação da metodologia jurídica privatista no direito público alemão, ver STOLLEIS, Michael. *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*. Madrid: Marcial Pons, 2017. p. 83-93.

jurídica. O significado a ser conhecido na interpretação das expressões empregadas na elaboração dos atos normativos pode ser tanto o significado ordinário atribuído a elas pelos usuários em geral da língua em questão quanto significados técnicos atribuídos por usuários especializados, particularmente pelos próprios juristas.

- (ii) Interpretação genética ou histórica: orienta o intérprete a tentar descobrir o significado de uma disposição normativa ou de palavras usadas em um dispositivo legal, a partir das intenções concretas dos legisladores responsáveis pela produção do texto interpretação, no caso do direito constitucional, dos membros da convenção constituinte que elaborou a constituição ou produziu suas emendas. O material básico da interpretação histórica encontra-se em documentos como as atas dos debates parlamentares ou outras fontes históricas, como, por exemplo, material jornalístico ou escritos e declarações dos membros da convenção constituinte.⁹
- (iii) Interpretação teleológica: orienta o intérprete a buscar a finalidade ou o propósito objetivo inserido expressa ou tacitamente pela disposição normativa interpretada; vale dizer, deve-se procurar compreender qual é o estado de coisas que a disposição objetivamente visa promover. A interpretação teleológica não se confunde com a histórica, já que esta pretende aferir a intenção concreta dos legisladores que efetivamente participaram da criação da lei ou da constituição, ao passo que a primeira pretende verificar a finalidade abstrata para a qual a norma foi criada.¹⁰ Chama-se teleológica porque deriva do radical grego *telos*, que significa “fim”.
- (iv) Interpretação sistemática: este método propõe que o intérprete busque o significado de uma disposição normativa ou de palavras usadas em um texto legal, relacionando-o com outras normas do sistema jurídico. De

⁹ Embora seja um método ao qual atualmente não se atribui muita importância na literatura sobre interpretação constitucional no Brasil, como, aliás, acontece em geral nos países ocidentais, é preciso assinalar que a interpretação histórica é um dos mais relevantes métodos de interpretação empregados tanto na doutrina constitucional norte-americana quanto nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, sob o nome de “originalismo” ou doutrina da “intenção original”. Ver, apenas exemplificativamente, WHITTINGTON, Keith. *Constitutional interpretation: textual meaning, original intent, and judicial review*. Kansas City: University Press of Kansas, 1999; SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 2018. Para uma visão crítica da interpretação da constituição no direito constitucional norte-americano, ver FALLON JR., Richard H. *Law and legitimacy in the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018.

¹⁰ O constitucionalista israelense Aharon Barak, um dos mais influentes defensores da interpretação teleológica na teoria constitucional contemporânea, sustenta que essa espécie de interpretação associa elementos subjetivos do autor real do texto legal com elementos objetivos do próprio texto das disposições normativas interpretadas. Ver BARAK, Aharon. *Purposive interpretation in Law*. New Jersey; Princeton University Press, 2011.

acordo com a interpretação sistemática, o significado de cada disposição normativa é obtido colocando-a em diálogo com o todo no qual ela está inserida. Na interpretação constitucional, cada palavra e cada norma só teriam o seu significado corretamente apreendido a partir de uma leitura que leva em consideração os princípios e os valores fundamentais de toda a constituição. A principal diretriz de interpretação constitucional é o princípio da unidade da constituição, segundo o qual a constituição não é uma coleção aleatória ou um mero agregado de normas, mas, sim, um conjunto unitário e sistematicamente ordenado de princípios e regras que se relacionam e se influenciam mutuamente, um determinando o significado do outro. Nesse sentido, a interpretação sistemática tem como principal função promover a consistência e a coerência do texto legal e do sistema jurídico.

Nosso propósito não é, por óbvio, expor os métodos ou técnicas interpretativas, um dos temas mais explorados na história da metodologia jurídica, e sim procurar explicitar como, para a concepção formalista de interpretação, qualquer que seja a questão jurídica a ser decidida, a resposta poderá ser encontrada nos próprios textos legais, e não fora deles. Isso porque a premissa básica de que partem as teorias formalistas é a de que os textos legais são dotados de significado intrínseco e que cabe ao intérprete descobrir esse significado para aplicá-lo aos casos concretos, por exemplo, em decisões judiciais ou administrativas. Como dissemos, a atividade do intérprete é predominantemente cognitiva, isto é, trata-se de conhecer o significado já presente nos textos a serem interpretados e aplicados. Se o texto for absolutamente claro e preciso, sequer uma interpretação propriamente dita é necessária.¹¹ Basta compreender o significado “imediato” contido no texto. Se o texto apresenta alguma equivocidade, neste caso os métodos de interpretação desenvolvidos pela metodologia jurídica guiarão o intérprete na busca da única resposta possível a ser *extraída* do texto. Nesse sentido, o texto legal tem um significado objetivo que não se deixa ou não deve se deixar contaminar por elementos subjetivos do intérprete.

Naturalmente, a interpretação constitucional sempre teve dificuldades de se ajustar estritamente ao formalismo jurídico.¹² Em primeiro lugar, porque a constituição, na medida em que é a lei fundamental de um sistema político, tende a ser um estatuto genérico, incompleto e aberto à complementação, especialmente legislativa, e essas características se materializam ou em normas semanticamente

¹¹ Nesse sentido, por exemplo, HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 20.

¹² Naturalmente é possível perguntar se alguma vez a interpretação jurídica *tout court* se ajustou à agenda formalista. Uma importante arqueologia da relação entre formalismo e realismo nas decisões dos tribunais norte-americanos desde o século XIX encontra-se em TAMANAHA, Brian. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

vagas ou em normas que não são normativamente autossuficientes. Em segundo lugar, porque as constituições modernas são repletas de normas dotadas de conteúdo abstrato e que remetem a valores morais e políticos, como os princípios fundamentais e os direitos fundamentais, que não podem ser compreendidos mediante o recurso simples do conhecimento do significado intrínseco dos termos usados em sua redação. Embora possam ser suficientes para a interpretação e a aplicação de parte das normas das constituições, especialmente daquelas que estruturam o Estado e seus poderes e regulam o funcionamento das instituições públicas, os métodos de interpretação desenvolvidos pelo formalismo jurídico não são suficientes para resolver os problemas de interpretação de muitas das mais importantes e representativas normas constitucionais. Uma teoria da interpretação constitucional adequada às necessidades do constitucionalismo moderno não é necessariamente incompatível com a teoria formalista da interpretação jurídica, porém claramente tem dificuldade de limitar-se a ela.

O formalismo jurídico é uma concepção teórica que busca explicar e dirigir a totalidade do fenômeno interpretativo. Conquanto parta de uma ontologia da linguagem, segundo a qual os textos têm um significado determinado e objetivo, ele é essencialmente uma teoria normativa da interpretação jurídica, ou seja, uma teoria que prescreve que se deve interpretar buscando o significado preciso e objetivo dos textos para produzir segurança jurídica e previsibilidade do direito e garantir a proteção da liberdade e da propriedade. Trata-se de uma teoria normativa da interpretação jurídica que orienta a atividade interpretativa de modo a assegurar a realização dos valores caros ao Estado Liberal de Direito: segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade e calculabilidade do direito. Porém foi exatamente a fragilidade da sua base ontológica sobre a linguagem e a fenomenologia da interpretação que expôs o formalismo ao ataque devastador do realismo jurídico, como veremos a seguir.

3 Realismo jurídico

O realismo jurídico é uma expressão usada para definir diferentes concepções teóricas unidas pela rejeição das teses segundo as quais (i) a decisão judicial pode ser compreendida como uma atividade de mera aplicação de normas jurídicas instituídas por autoridades políticas, como legisladores e tribunais, e (ii) a interpretação jurídica é uma atividade que se resume a compreender o significado de dispositivos legais e outras fontes formais de direito.¹³ Os teóricos realistas entendem que o raciocínio

¹³ Ver LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2011; TAMANAHA, Brian. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*, cit.; TARELLO, Giovanni. *Il Realismo Giuridico Americano*. Milão: Giuffrè Editora, 1962; FRANK, Jerome. *Law and The Modern Mind*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009; LLEWELLYN, Karl. *The Brumble Bush*. Oxford: Oxford University Press, 2008; TWINNING, William. *Karl*

judicial é muito mais complexo e multifacetado do que pressupõem as teorias da interpretação jurídica associadas ao formalismo jurídico. As objeções realistas ao formalismo jurídico podem ser sintetizadas em quatro argumentos centrais:

- (a) As normas jurídicas escritas são sempre dotadas de indeterminação semântica e, por isso, a atividade de aplicação dessas normas nunca é mecânica, dedutiva ou silogística, já que exige ou, no mínimo, permite que o intérprete decida discricionariamente que significado dará aos enunciados normativos dos textos jurídicos.
- (b) Como as normas jurídicas são semanticamente indeterminadas e, por isso, insuficientes para conduzir a decisão judicial, o sistema jurídico não oferece uma única resposta certa para cada caso, razão pela qual os juízes têm o poder de criar direito, não se restringindo a serem meros aplicadores de um direito preexistente.
- (c) O contexto fático sobre o qual as normas incidem é tão decisivo para o raciocínio jurídico empregado em decisões judiciais quanto os textos dos enunciados normativos; isso ocorre seja porque os enunciados normativos são abstratos e seu significado normativo concreto só pode ser definido no confronto com a realidade fática do contexto de aplicação, seja porque o processo de decisão judicial sempre começa a partir dos estímulos disparados por fatos concretos e só depois encontra as normas jurídicas abstratas que justificarão a decisão.
- (d) Elementos subjetivos do juiz são determinantes para a decisão judicial, tais como idiosincrasias e circunstâncias pessoais, características psicológicas, interesses corporativos ou classistas, valores morais, concepções econômicas e ideologias políticas.

O ataque realista ao formalismo é basicamente um ataque à ideia de que as normas jurídicas são suficientes para determinar o resultado das decisões judiciais, razão pela qual as teorias realistas são identificadas com o ceticismo sobre normas (*rule-scepticism*). Na medida em que as teorias sobre a natureza do direito tornaram-se predominantemente teorias normativistas, ou seja, passaram a identificar o direito como um sistema de normas jurídicas e a reduzir a decisão judicial a uma atividade de aplicação de normas preexistentes, o realismo jurídico pode ser considerado como uma abordagem teórica que desconstrói o centro de gravidade da concepção até então hegemônica sobre a natureza do direito.

Llewellyn and The Realist Movement. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Para uma excelente análise do realismo jurídico como teoria do direito, ver GREEN, Michael Steven. The Legal Realism as Theory of Law. *William and Mary Law Review*, v. 46, n. 6, 2005, p. 1.915. No Brasil, ver JUST, Gustavo. *Interpretando as teorias da interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 157-230.

É claro que as teorias realistas não negam que a experiência jurídica moderna é caracterizada pela existência de um sistema de normas jurídicas escritas editadas por autoridades políticas competentes. O que os realistas rejeitam é a tese de que a experiência jurídica possa ser reduzida *simpliciter* à atividade de aplicação de normas jurídicas escritas preexistentes. O ceticismo sobre as normas reside precisamente nessa rejeição da capacidade das normas escritas de determinar efetivamente as decisões judiciais e na afirmação de que os juízes criam direito ao invés de serem meros aplicadores de normas vigentes. Em uma passagem célebre do movimento realista norte-americano, Karl Llewellyn, um de seus mais respeitados representantes, advertiu que as normas jurídicas “são importantes até onde nos ajudam a ver ou prever o que farão os juízes (...) Eis aí toda a sua importância, salvo como belos brinquedinhos (*pretty playthings*)”.¹⁴

Dos quatro argumentos centrais do realismo jurídico que sintetizamos acima, seguramente o mais influente e resistente no âmbito da teoria do direito foi o argumento da indeterminação semântica das normas jurídicas.¹⁵ De acordo com essa tese, na medida em que normas jurídicas são escritas em linguagem humana e que a nossa linguagem está sempre sujeita à equivocidade, à vagueza e à ambiguidade, o sistema jurídico não oferece necessariamente respostas certas ao aplicador das normas. Quando o aplicador se depara com a equivocidade, a vagueza ou a ambiguidade dos textos legais, ele fatalmente dispõe de liberdade ou discricionariedade para atribuir sentido ao texto e decidir o caso de acordo com a sua apreciação pessoal. Tratar-se-ia de uma teoria realista precisamente porque ela se limita a descrever o modo como a interpretação jurídica realmente se apresenta na experiência empírica, sem propor uma teoria normativa sobre a interpretação.

A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen é um dos mais importantes exemplos de uma teoria realista da interpretação.¹⁶ Segundo Kelsen, um enunciado normativo do direito positivo é apenas uma moldura (*Rahmen*) que permite ao

¹⁴ LLEWELLYN, Karl. *The Brumbe Bush*, cit., p. 5. A passagem completa é a seguinte: “(R)ules are important so far as they help you to see or predict what judges will do or so far they help you to get judges to do something. That is their importance. That is all their importance, except as pretty playthings”.

¹⁵ Contra, ver LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence*, cit.: “A reivindicação fundamental do realismo jurídico consiste da seguinte tese descritiva sobre a formação da decisão judicial: *os juízes respondem primariamente ao estímulo de fatos*” (p. 21).

¹⁶ A teoria da interpretação jurídica kelseniana apareceu originalmente no artigo *Zur Theorie der Interpretation*, publicado em 1934 em uma revista jurídica tcheca, e no capítulo VI da primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, publicada também em 1934 (ver KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p. 90-116); na edição francesa da primeira edição, publicada em 1953, de que temos tradução para o português, ela está situada como na primeira edição alemã no capítulo VI (ver KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 113-124); por fim, aparece no último capítulo da segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, de 1960. Sobre a teoria da interpretação jurídica de Kelsen, ver PAULSON, Stanley. Hans Kelsen on legal interpretation, legal cognition, and legal science. *Jurisprudence*, v. 10, n. 2, 2019, p. 188-221. Sobre o impacto da teoria da interpretação jurídica kelseniana para a interpretação constitucional, ver VINX, Lars. *Hans Kelsen’s pure theory of law: legality and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 149-157.

interprete extrair diversas interpretações, que, por sua vez, levam a diferentes possíveis normas jurídicas. Como todo enunciado normativo é semanticamente indeterminado, o juiz pode formular diversas respostas resultantes da interpretação do mesmo texto legal. Essa formulação de diferentes possibilidades de interpretação é efetivamente uma atividade intelectual cognitiva. Porém a norma jurídica que será efetivamente aplicada ao caso concreto é o resultado da escolha que o aplicador faz entre essas diversas possibilidades de interpretação da moldura que é o enunciado normativo legal. Ou seja, as possibilidades de interpretação são o produto de uma atividade cognitiva, porém a escolha entre elas é sempre um ato discricionário de vontade do intérprete. Por isso, a interpretação judicial é sempre simultaneamente aplicação e criação do direito, seja quando cria normas válidas apenas para um caso concreto, seja quando cria precedentes que passam a funcionar como normas gerais e abstratas do sistema jurídico. É aplicação do direito positivo na medida em que o juiz restringe a sua atividade decisória aos limites cognitivos determinados pela moldura do enunciado normativo, e é criação de direito na medida em que a norma efetivamente aplicada na resolução do processo é o resultado de uma escolha pessoal entre as múltiplas possibilidades de interpretação que a sua atividade cognitiva anterior lhe ofereceu.

Para Kelsen, nem mesmo os métodos de interpretação desenvolvidos pela ciência do direito poderiam reduzir a discricionariedade do juiz no processo decisório. Como não existe nenhum critério cientificamente objetivo e seguro que permita afirmar que métodos podem ser elaborados para interpretar um texto legal e quais desses métodos devem preponderar em uma decisão judicial, a própria escolha dos métodos existentes a serem utilizados na interpretação jurídica é discricionária e depende de um ato de vontade do juiz. De acordo com o autor, “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado possível, nunca a um resultado que seja o único correto”.¹⁷ Outras técnicas de interpretação igualmente caras ao formalismo jurídico, como a analogia e o *argumentum a contrario*, são consideradas como igualmente incapazes de produzir respostas corretas porque “conduzem a resultados opostos e não há qualquer critério que permita saber quanto deve ser empregado um e quando deve ser empregado o outro”.¹⁸

O processo interpretativo kelseniano completo compreende, portanto, um estágio propriamente interpretativo, no qual o intérprete exerce uma atividade cognitiva de verificação (*Feststellung*) das diversas possibilidades interpretativas que podem ser extraídas da moldura do enunciado normativo, e um estágio decisório, no qual

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 392.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 392.

o intérprete exerce um ato de vontade e escolhe um dos sentidos possíveis.¹⁹ A definição de qual das alternativas possíveis obtidas no primeiro estágio deve ser considerada a correta não é um problema teórico-jurídico, mas um problema político-jurídico, já que o direito positivo e a ciência jurídica não podem oferecer uma solução única para a indeterminação ou a equívocidade dos textos normativos.²⁰ Outros argumentos decisórios podem ser utilizados para a decisão do intérprete por um dos sentidos, como normas morais ou de justiça e juízos de valor social, como o bem-estar do povo, o interesse público ou o progresso, porém esses argumentos não são jurídicos. Por isso, o processo completo de interpretação e aplicação do direito comporta sempre um momento político.

Kelsen compartilhava com muitos realistas norte-americanos uma teoria cética radical acerca da indeterminação semântica das normas jurídicas.²¹ Os realistas que se apresentam como céticos radicais em relação às normas jurídicas sustentam que a indeterminação é uma característica inerente à linguagem humana como um todo e, por consequência, toda norma jurídica, na medida em que é produto da linguagem humana, é efetiva ou potencialmente indeterminada ou indeterminável. Conforme aponta Alexandre Viala, os teóricos realistas compartilham uma visão “pessimista” acerca da interpretação jurídica porque entendem que a atividade interpretativa exercida por juízes não apenas não é cognitiva como é essencialmente incontrolável pela racionalidade humana.²² Porém, é necessário ter em conta que outro grupo de realistas defende uma forma de ceticismo moderado em relação às normas. Para estes, a indeterminação semântica não é um fenômeno da totalidade das normas jurídicas. Muitas normas são escritas usando expressões que têm conteúdo semântico claro, preciso e inequívoco, seja na linguagem comum, seja na linguagem técnica.²³ Nos casos em que as normas são semanticamente determinadas, os juízes não exercitam qualquer discricionariedade. Eles apenas aplicam a norma de acordo com o significado preciso que o texto já possui. Nesses

¹⁹ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 1. edição, *cit.*, p. 104.

²⁰ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, 1. edição, *cit.*, p. 108.

²¹ Sobre o realismo jurídico na teoria pura do direito de Kelsen, ver CHIASSONI, Perluigi. *Wiener Realism*. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie. *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013. p. 131-162; e BINDREITER, Uta. *The Realist Hans Kelsen*. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie. *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, *cit.*, p. 101-130.

²² VIALA, Alexandre. Le pessimisme de la théorie realiste de l'interprétation: une lecture schopenhaurienne du positivisme juridique. *Droit & Philosophie*, v. 08, 2016, p. 195-230.

²³ Llewellyn é o mais importante representante da corrente eclética. Na sua *Theory of Rules*, publicada recentemente, o autor afirma que “nós temos normas jurídicas (*rules of law*), muitas delas, algumas muito claras, algumas não tão claras, algumas extraordinariamente pouco claras. Na medida da sua clareza, elas tornam possível, nas classes de casos que cobrem, a organização da ação oficial com precisão e com independência da pessoa. Mesmo quando não são claras para um leigo, elas podem ser construídas de tal forma que as mais extraordinárias técnicas do negócio dos juristas torná-las-ão claras para qualquer jurista” (LLEWELLYN, Karl. *Theory of Rules*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011. p. 40-41).

casos, a forma da atividade do juiz é semelhante à que o formalismo atribui à totalidade da função judicial.

A mais célebre defesa do ceticismo moderado foi proposta pelo jusfilósofo britânico H. L. A. Hart, em *O Conceito de Direito*, de 1961. É importante que examinemos como Hart reagiu ao desafio do realismo por pelos menos dois motivos. Em primeiro lugar, porque o efeito do ceticismo radical sobre as normas no âmbito da teoria da interpretação constitucional é ainda mais devastador do que na teoria geral da interpretação jurídica.²⁴ Se o realismo tem razão em suas advertências, então grande parte da interpretação da constituição, talvez a parte mais significativa, não passe de um biombo para a promoção de ideologias políticas, interesses econômicos e concepções morais subjetivas de juízes e juristas. Em segundo lugar, porque foi a partir da crítica que endereçou ao ceticismo moderado de Hart que Ronald Dworkin desenvolveu uma das mais representativas teorias da interpretação constitucional do constitucionalismo contemporâneo, sobre a qual dedicaremos algumas páginas mais adiante.

4 Realismo moderado

O título do capítulo VII de *O Conceito de Direito* de Hart é significativamente intitulado “O formalismo e o ceticismo em relação às normas”.²⁵ No texto, Hart ataca, por um lado, a concepção formalista, segundo a qual as normas jurídicas sempre têm um significado preciso e, por essa razão, sempre oferecem antecipadamente uma única resposta certa ao aplicador, não envolvendo jamais a necessidade de escolha entre alternativas interpretativas abertas. O formalismo seria um vício porque esconde, disfarça ou minimiza o fato de que muitas vezes as normas não possuem um significado preciso e efetivamente exigem do aplicador escolher discricionariamente entre significados diferentes. Por outro lado, ele ataca também o que chama de ceticismo em relação às normas, segundo o qual as normas jurídicas jamais possuem um significado determinado e sempre exigem do aplicador que escolha entre diferentes alternativas interpretativas. O ceticismo incorre no vício oposto ao do formalismo, na medida em que não reconhece o fato de que muitas vezes as normas efetivamente dispõem de um significado preciso.

Hart afirma que as normas jurídicas, precisamente por serem formuladas em linguagem humana, são dotadas de textura aberta (*open texture*). Ser dotada de

²⁴ Para um estudo sobre o problema da indeterminação semântica das normas constitucionais para uma teoria realista moderada da interpretação constitucional, uma obra clássica é MORESO, Juan Jose. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de La Constitución*. 2. edição. Lima: Palestra, 2014.

²⁵ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1992. Para uma análise do ceticismo sobre as regras em *O Conceito de Direito*, ver KRAMER, Matthew H. *H.L.A. Hart*. Cambridge: Polity Press, 2018. p. 133-147.

textura aberta significa que as normas são compostas de uma zona de certeza, na qual o significado da norma é determinado pelo seu texto e o aplicador não dispõe de espaço de liberdade para escolha, mas também de zonas de penumbra, nas quais o significado da norma é impreciso e a sua aplicação exige que o aplicador eleja discricionariamente entre alternativas interpretativas possíveis. Os casos que recaem na zona de certeza são chamados de casos fáceis; os que recaem na zona de penumbra são os casos difíceis. Conquanto o pensamento jurídico tenha desenvolvido métodos para lidar com essas zonas de penumbra das normas jurídicas, esses métodos não são capazes de evitar a discricionariedade do aplicador como pretende o formalismo jurídico, porque os próprios métodos e os critérios de aplicação deles são dotados de indeterminação e não oferecem parâmetros seguros para a obtenção de uma única resposta para cada caso.

A teoria do direito de Hart propõe, portanto, uma conciliação entre as visões formalistas e realistas acerca do papel que as normas jurídicas exercem no raciocínio jurídico. Ambas as visões explicam apenas parcialmente como funcionam as normas jurídicas. Nesse sentido, elas apresentam argumentos que se complementam. O quanto cada sistema jurídico possui de normas dotadas de significado determinado e normas dotadas de zonas de penumbra é uma questão empírica e contingente, que varia conforme cada sistema jurídico, no espaço e no tempo. O que não é contingente, e sim uma característica necessária de todo e qualquer sistema jurídico, é o fato de ser constituído por normas que combinam zonas de certeza e zonas de penumbra, porque esse é um elemento inevitável da própria linguagem humana. Exatamente por conciliar as duas visões o filósofo inglês passou a ser considerado um cognitivista moderado ou um cético moderado, dependendo da ênfase que se quiser emprestar à tese da textura aberta das normas.²⁶ Apesar de ter intitulado o realismo de “pesadelo”,²⁷ a seu modo Hart também se tornou um realista.²⁸

²⁶ Definir Hart como um cognitivista moderado ou um cético moderado parece depender do ponto de vista e não é relevante para a compreensão do argumento do artigo. O certo é que se trata de uma posição eclética, como classifica GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milão: Giuffrè Editore, 2011. Aceita a posição eclética, é possível dizer que o quanto de normas indeterminadas existe em um sistema jurídico é uma questão empírica, inteiramente contingente, que em nada afeta a tese moderada.

²⁷ HART, H. L. A. *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. In: HART, H. L. A. *Essays on Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

²⁸ Para uma recente adesão explícita ao cognitivismo moderado na doutrina brasileira, ver ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 34: “Como teoria geral da interpretação, portanto, a hipótese que melhor explica a atividade de interpretação é a teoria cognitivista moderada. Com efeito, a interpretação pode ser melhor compreendida como a reconstrução dos significados possíveis admitidos pelos termos objeto de interpretação e a escolha de um desses significados, baseado em um ou mais argumentos e em regras de prevalência entre eles”. Em sua obra mais conhecida e editada pela primeira vez em 2003, Ávila havia apresentado uma ambiciosa concepção realista da interpretação jurídica, muito influenciada pelo realismo jurídico metodológico desenvolvido pela escola realista de Gênova (ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 15. edição. São Paulo: Malheiros, 2014). No entanto, desde seu influente artigo sobre a teoria da argumentação jurídica publicado em 2001, Ávila tem demonstrado uma preocupação em formular uma teoria normativa da interpretação jurídica, que não apenas ultrapassa a *démarche* essencialmente descritiva do realismo jurídico genovês como contém

Foram exatamente as teses expostas neste capítulo sete d'*O Conceito de Direito* que deram origem ao longo, prolífico e influente debate entre o próprio Hart e Ronald Dworkin, que se prolongou por várias décadas a partir dos anos sessenta e dominou grande parte das atenções da teoria do direito desde então, não apenas no universo anglo-americano, mas em boa parte dos países com tradição jurídica. Esse debate é bastante conhecido, razão por que só farei referência a ele neste capítulo na medida do necessário para a exposição do argumento.²⁹

O debate Hart-Dworkin inicia-se com a publicação do artigo *The Model of Rules* em 1967, seis anos após a publicação da obra de Hart. Como se sabe, nesse texto Dworkin lança seu famoso “ataque geral ao positivismo jurídico” e, para isso, usou “a versão de H. L. A. Hart como alvo”. Nesse primeiro artigo, o núcleo do ataque do autor norte-americano concentra-se na afirmação de que o positivismo jurídico concebe o direito como sendo formado por um sistema de regras jurídicas, ignorando a existência de outros padrões normativos distintos das regras que, para Dworkin, também compõem a ordem jurídica. Como o positivismo reduz o direito a um modelo de regras, ele termina por sustentar que, quando inexistente uma regra para regular um caso específico ou quando a regra é imprecisa, os juízes dispõem de discricionariedade para decidir os casos como se fossem legisladores.

Essa história é bastante conhecida, mas a sequência do argumento exige que relembremos alguns tópicos da exposição do autor.³⁰ A estratégia do ataque dworkiniano aos pilares do positivismo – tal como reconstruído pelo autor – está assentada no mesmo eixo. Para Dworkin, o positivismo é uma teoria jurídica equivocada precisamente porque concebe o direito apenas como um modelo de regras, desconhecendo o fato de que um sistema jurídico pode ser composto por dois outros tipos de normas dotados de estruturas normativas e modos de funcionamento diferentes das regras: os princípios e as diretrizes (*policies*). Diretrizes são normas que “estabelecem um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.³¹ Princípios são normas

uma abordagem que bem poderia ser considerada uma espécie de “estruturalismo metodológico” (ver ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, mar. 2001, p. 157-180).

²⁹ A literatura sobre o debate é interminável, além de ser poliglota. Podem ser apontados como referências indispensáveis: COLEMAN, Jules (editor). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001; LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem on Jurisprudence. In: LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence*, cit., p. 153-182; e SHAPIRO, Scott, The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (editor). *Ronald Dworkin*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 22-55.

³⁰ Essa passagem do que estou denominando de desafio cético no universo jurídico anglo-saxão, passando pelo ceticismo moderado de Hart e chegando à teoria interpretativa de Dworkin, é empregada por VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 217-254.

³¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977. p. 22.

“que devem ser observadas, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.³² Posto sejam estruturalmente distintos, é possível enquadrar ambos os tipos de normas dentro um conceito mais amplo de princípio; assim, para Dworkin podemos dizer que um sistema jurídico é composto de dois tipos de normas, as regras e os princípios.

Pois bem, é exatamente porque os sistemas jurídicos são também compostos de princípios que a tese positivista da discricionariedade é equivocada. Quando as regras não são claras, levam a resultados injustos ou simplesmente não existem regras nas fontes de direito, o juiz não está autorizado a decidir o caso discricionariamente como se legislador fosse. Isso porque, sendo o sistema jurídico dotado também de princípios, os juízes devem recorrer a eles para decidir os chamados casos difíceis. Essa é a única forma de conceber uma teoria das normas compatível com um Estado Democrático de Direito, no qual não é competência dos juízes a tarefa de legislar. Dworkin, portanto, aceita em certo sentido a divisão hartiana entre casos fáceis, que podem ser resolvidos por regras claras e determinadas, e casos difíceis, que não podem ser decididos com base em regras semanticamente precisas. Como vimos, em Hart essa divisão decorria da adoção de uma forma de ceticismo moderado pelo autor. Em Dworkin, todavia, a divisão está associada à concepção de uma nova teoria do direito, posteriormente denominada de “direito como integridade”. De acordo com a teoria do direito do autor, a interpretação do direito com base nos princípios jurídicos é sempre capaz de oferecer ao intérprete a única resposta certa nos chamados casos difíceis.

O debate com Hart estimulou Dworkin a propor uma teoria da interpretação constitucional que se tornaria uma das principais contribuições teóricas ao pensamento jurídico contemporâneo. Embora muitos outros autores tenham sido decisivos para que a teoria da interpretação constitucional em grande medida ultrapassasse a metodologia jurídica novecentista, produzida para atender às demandas do direito privado, e pudesse oferecer instrumentos ajustados às exigências do novo constitucionalismo formado a partir do segundo pós-guerra, provavelmente nenhum autor foi tão representativo dessa nova era como Ronald Dworkin. Portanto, a seguir vamos estudar alguns dos elementos centrais da sua teoria da interpretação como uma chave de leitura para entendermos a evolução pela qual passou a interpretação constitucional nas últimas décadas.

³² DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, cit., p. 22-23.

5 Construtivismo interpretativo e leitura moral da constituição

A crise da teoria formalista da interpretação jurídica, provocada pelo desafio do realismo jurídico, gerou tentativas de apresentar uma teoria da interpretação que pudesse responder as críticas céticas e superar o subjetivismo e o voluntarismo que parecem ser uma consequência inescapável da visão realista do raciocínio jurídico. A mais importante contribuição a esse esforço de refundação da interpretação jurídica é uma concepção que podemos denominar tentativamente de construtivismo jurídico, que encontrou na interpretação constitucional provavelmente o seu mais importante laboratório.

As teorias construtivistas concordam com a tese realista de que a atividade de interpretação não pode ser resumida a uma mera atividade de conhecer ou descobrir um significado já existente no texto interpretado. Do mesmo modo, os construtivistas normalmente aceitam a tese de que a fenomenologia da interpretação pode ser explicada por meio da distinção entre casos fáceis, nos quais os textos legais são semanticamente claros e determinados e a atividade do intérprete é meramente cognitiva do sentido do texto interpretado; e casos difíceis, nos quais, ou o texto legal interpretado não contém um significado unívoco, podendo receber mais de um significado possível, ou então o sistema jurídico não contém uma solução normativa explícita. Mas conquanto nos casos difíceis a atividade do intérprete não pode ser descrita como meramente cognitiva, porque os textos não oferecem uma solução semanticamente determinada, o reconhecimento da equivocidade ou polissemia dos textos legais não justifica que se confira aos juízes o poder de escolher discricionariamente um dos significados possíveis. De fato, os teóricos construtivistas sustentam que a decisão judicial é um processo de construção argumentativa da solução jurídica a partir dos parâmetros normativos impostos pelo próprio sistema jurídico e dos parâmetros metodológicos oferecidos pelo pensamento jurídico. Para essa concepção, o juiz não descobre a resposta certa nos casos difíceis apenas interpretando os textos nem decide qual a resposta por meio de um ato de vontade, mas constrói a decisão com base em argumentos extraídos dos princípios jurídicos e dos métodos de interpretação e argumentação desenvolvidos pela ciência jurídica.

No âmbito da teoria constitucional, uma das mais influentes teorias da interpretação constitucional foi elaborada por Ronald Dworkin. A chamada teoria da leitura moral da constituição foi apresentada por Dworkin como uma teoria sobre a interpretação da Constituição norte-americana. Não se trata propriamente de uma teoria completa e abrangente da interpretação constitucional, mas da exposição dos fundamentos filosóficos de uma teoria da interpretação constitucional particularmente apropriada para a interpretação do que ele chama de cláusulas

abertas da constituição, especialmente daquelas que preveem direitos fundamentais. A interpretação das cláusulas constitucionais abstratas não consiste na atividade de conhecer um significado contido em um texto legal ou um precedente judicial, como postulam os formalistas, ou de atribuir livremente a eles determinado significado escolhido discricionariamente pelo intérprete, como pretendem os realistas. A interpretação constitucional é um processo de construção argumentativa da resposta correta sobre qual deve ser a decisão jurídica ou judicial em determinado caso, e a resposta correta deve ser construída tendo como guias os princípios jurídicos que incorporam os valores morais e políticos fundamentais do sistema jurídico e da constituição em particular.³³

O núcleo teórico da tese da leitura moral dworkiniana consiste na afirmação de que grande parte das constituições hoje existentes, incluindo a americana, é composta de normas escritas em “uma linguagem moral excessivamente abstrata”.³⁴ Normas que preveem direito de liberdade de expressão, devido processo legal e igual proteção da lei incorporam princípios de moralidade política cuja compreensão exige do intérprete o emprego do que ele então denomina de *moral reading of the constitution*. Essa é uma característica fundamental do sistema constitucional norte-americano e, segundo o autor, a mais importante contribuição da história daquele país à teoria política moderna, uma característica que outras nações e culturas reconheceram e têm procurado adotar. O ideal americano de Estado, diz Dworkin, é não apenas o império do direito, mas, sobretudo, o império dos princípios.³⁵ A incorporação de direitos morais dos indivíduos às constituições e o gradual reconhecimento de sua força normativa promoveram uma aproximação do constitucionalismo no plano internacional ao esquema originalmente instituído nos Estados Unidos. As constituições modernas usualmente promovem a ancoragem da ordem jurídica como um todo a um sistema de princípios de moralidade política

³³ Um exemplo de teoria construtivista da interpretação constitucional no direito brasileiro encontramos nos textos teóricos que o ministro Luís Roberto Barroso vem publicando nos últimos anos, sendo o conhecido artigo *Razão sem Voto* o mais representativo de seu programa teórico. No artigo, o ministro Barroso não apenas descarta o formalismo jurídico e o realismo jurídico, como adere explicitamente a uma concepção construtivista de interpretação constitucional abertamente influenciada por Ronald Dworkin. Ver BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZES, Rubem. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1996. p. 7. Para um estudo sobre a teoria da leitura moral da constituição, ver MOTTA, Francisco José Borges da. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. 2. edição. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 207 e ss.; e MELLO, Cláudio Ari. *A leitura moral da constituição como teoria da interpretação constitucional*. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABOUD, Georges (Org.). *Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. p. 305-332.

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law, cit.*, p. 6.

que define a identidade do Estado e regula as relações jurídicas fundamentais entre os indivíduos e o poder público.³⁶

Dworkin não afirma apenas que as normas constitucionais que preveem princípios e direitos fundamentais são semanticamente indeterminadas e, por isso, permitem ao intérprete atribuir diferentes significados possíveis dentre os quais haverá de escolher um, no sentido descrito pelas teorias realistas. Dworkin aceita que muitos enunciados normativos são semanticamente indeterminados e efetivamente permitem, em um estágio inicial do processo de interpretação, a atribuição de mais de um significado aos textos interpretados.³⁷ No entanto, a leitura moral não é uma concepção que parte propriamente do problema da indeterminação semântica das normas constitucionais de princípios e direitos fundamentais, mas do fato de que essas normas incorporam princípios de moralidade política que são politicamente controversos e que só podem ser compreendidos quando interpretados desde a perspectiva da leitura moral. Como ele diz, “a leitura moral leva a moralidade política ao coração do direito constitucional. Mas a moralidade política é inerentemente incerta e controversa, de modo que todo sistema de governo que faça esses princípios ser parte de seu direito deve decidir qual interpretação e entendimento será autoritativo”.³⁸

O autor ressalva que nem todas as normas de uma constituição incluem princípios de moralidade política.³⁹ Muitas delas estão contidas em dispositivos semanticamente claros e moralmente inertes, como a regra constitucional que requer a idade mínima de trinta e cinco anos para um cidadão se candidatar ao cargo de presidente da república. Podemos ir mais longe do que o autor norte-americano e reconhecer que a parte orgânica das constituições é tendencialmente composta de normas semanticamente determinadas e que não requerem juízos de moralidade política para sua compreensão e aplicação. É o caso dos dispositivos que organizam os poderes do Estado e contemplam algumas regras básicas de seu funcionamento, como o processo legislativo e as competências legislativas e materiais dos órgãos públicos. A interpretação dessas disposições constitucionais

³⁶ Nesse sentido, ver ZAGREKELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri. Editorial Trotta, 1999; BONGIOVANNI, Giorgio. *Teorie 'costituzionalistiche' del diritto*: morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin. Bologna: CLUEB, 2000; FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Criaturas de la moralidad*. Madri: Editorial Trotta, 2009. No direito constitucional anglo-americano, ver ALLAN, T. R. S. *The sovereignty of law: freedom, constitution and common law*. Oxford: Oxford University Press, 2013; e CORNELL, Drucilla; FRIEDMAN, Nick. *The mandate of dignity*. Ronald Dworkin, revolutionary constitutionalism and the claims of justice. New York: Fordham University Press, 2016.

³⁷ Sobre a estrutura analítica da interpretação na teoria do direito de Dworkin, ver MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197-240.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*, cit., p. 2.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*, cit., p. 8.

em geral não provocará controvérsias semânticas ou de moralidade política entre seus intérpretes e aplicadores e, portanto, não se candidata à leitura moral.

Por outro lado, Dworkin também propõe que o texto constitucional e a história de sua interpretação podem restringir a incidência da leitura moral na interpretação constitucional. Os juízes, diz o autor, não podem projetar suas próprias convicções pessoais ao texto constitucional e tampouco ler as suas cláusulas morais abstratas como expressões de juízos morais particulares, a menos que tais juízos “sejam consistentes em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo, e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional adotadas no passado por outros juízes”.⁴⁰ Recorrendo a sua conhecida fórmula da interpretação jurídica como um “romance em cadeia”, o autor afirma que os juízes “devem considerar-se como parceiros de outros agentes públicos, passados e futuros, que juntos elaboram uma moralidade constitucional coerente”.⁴¹

O que o autor está aqui sustentando é que uma parte significativa dos casos de interpretação constitucional pode ser considerada basicamente um empreendimento cognitivo que pode ser executado mediante o emprego das técnicas comuns de interpretação jurídica. Como ele afirma, a maioria dos casos constitucionais não é formada por casos difíceis.⁴² Podemos aceitar que, nesses casos, os métodos hermenêuticos desenvolvidos pelo formalismo jurídico são potencialmente suficientes para a aplicação das normas constitucionais. Assim, a interpretação baseada no significado literal do texto, o recurso à consistência lógica do sistema normativo, aos fins da norma interpretada e à coerência normativa e o respeito aos precedentes vinculantes tendem a ser suficientes para solucionar boa parte dos casos de interpretação constitucional. O reconhecimento da relevância das técnicas tradicionais de interpretação jurídica na interpretação constitucional mostra “quão exagerada é a reclamação comum de que a leitura moral dá aos juízes um poder absoluto para impor suas próprias convicções pessoais sobre nós”.⁴³

Entretanto, a âncora hermenêutica que o texto e a história institucional oferecem não pode ser exagerada.⁴⁴ O intérprete de uma constituição dotada de princípios e direitos fundamentais não pode evitar o encontro com os princípios de moralidade política incorporados nessas cláusulas. Nesses casos, ele terá que explorar o significado e o valor de conceitos altamente controversos, como liberdade, igualdade, dignidade humana, privacidade, devido processo legal, justiça social; terá que compreender as múltiplas dimensões desses valores para a vida humana individualmente e para as relações sociais e políticas que as pessoas

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*, cit., p. 10.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*, cit., p. 10.

⁴² DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*, cit., p. 11.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*, cit., p. 11.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*, cit., p. 11.

estabelecem entre si e com o Estado; terá que definir como os diferentes valores convivem, como eles se explicam e se reforçam uns aos outros, e como podem ser harmonizados em um sistema coerente de moralidade política. Nesses casos, o intérprete não tem alternativa à leitura moral da constituição.⁴⁵

Embora formulada originalmente para explicar a interpretação constitucional no direito norte-americano, a tese da leitura moral do autor é uma teoria da interpretação constitucional particularmente atraente para qualquer sistema jurídico dotado de constituição com princípios e direitos fundamentais. Diferentemente das leis, a constituição cumpre uma função constitutiva da identidade de uma comunidade política, definindo a moralidade política comum a todos os cidadãos.⁴⁶ As cláusulas morais abstratas das constituições são polêmicas e suscitam interpretações que apresentam concepções divergentes, conflitantes ou opostas acerca dos mesmos conceitos. Exatamente por isso a leitura dessas cláusulas morais constitutivas da identidade da comunidade faz da interpretação constitucional uma atividade essencialmente política. Por isso, Fernanda Atria sustenta, ao interpretar a tese de Dworkin, que falar de leitura moral equivale a falar de leitura política da constituição.⁴⁷

Portanto, podemos ver que a teoria da leitura moral de Dworkin é uma tese que defende exatamente a especificidade da interpretação constitucional em relação à interpretação jurídica em geral. Mesmo que a leitura moral apareça na interpretação legal, a sua presença, neste caso, é intersticial. Ainda que possamos encontrar a inclusão de princípios e direitos morais em textos legislativos, esse fenômeno não é pervasivo como na experiência constitucional. Isso ocorre porque não é função da legislação incorporar as decisões políticas fundamentais da comunidade política. É a constituição que compete essa função constitutiva dos fundamentos políticos e morais da ordem jurídica, e essas decisões são contidas precisamente em cláusulas morais abstratas que definem conceitos polêmicos, sujeitos à formulação de diferentes concepções interpretativas. Assim, enquanto é impensável interpretar constituições que contêm princípios e direitos fundamentais sem o recurso à leitura moral, essa só aparece circunstancialmente na interpretação da legislação. Por isso, a leitura moral é a forma própria de interpretação das normas constitucionais que preveem princípios e direitos fundamentais.

⁴⁵ Em sua última obra, *Justice for Hedgehogs*, Dworkin expõe cuidadosamente a sua tese da “epistemologia integrada”, por meio da qual procura demonstrar a necessidade e a possibilidade de desenvolver e defender uma teoria da interpretação que permita harmonizar princípios jurídicos e valores morais frequentemente concorrentes ou rivais. Ver DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. Ver, a propósito, MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da teoria do direito de Ronald Dworkin. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, p. 723-753, 2017; e CORNELL, Drucilla e FRIEDMAN, Nick. *The mandate of dignity*, cit., p. 62-78.

⁴⁶ ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 319-320.

⁴⁷ ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*, cit., p. 322. Sobre a relação entre interpretação constitucional e política, ver ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia Costituzionale*, cit., p. 65-126.

Nesse sentido, a teoria da interpretação moral da constituição apresenta-se como uma genuína ruptura com a divisão formalismo-realismo que expusemos acima. A interpretação dos princípios e direitos fundamentais da constituição exigiria a construção argumentativa da resposta correta ao caso a partir da leitura moral dos valores inseridos nessas normas. Não se trata nem de conhecer o significado já contido no texto e nem de atribuir um significado ao texto por meio de um ato de vontade ou de uma escolha discricionária. Ainda assim é importante ressaltar, mais uma vez, que a teoria da leitura moral admite que as constituições também são dotadas de normas semanticamente determinadas e que não envolvem conteúdo moral e político; nesses casos, o intérprete efetivamente apenas conhece o significado do texto interpretado. Por conseguinte, uma teoria construtivista da interpretação constitucional não exclui uma concepção formalista, mas é antes complementar ao formalismo. Nesse sentido, o principal alvo de uma teoria da interpretação construtivista, como a leitura moral, é realismo jurídico.

De fato, uma teoria construtivista da interpretação é verdadeiramente antitética ao realismo jurídico, porque rejeita a tese da discricionariedade interpretativa que havia sido defendida por Kelsen e Hart e ainda é sustentada pelos realistas de modo geral. Para os construtivistas, o juiz que aplica normas jurídicas semanticamente determinadas exerce uma atividade cognitiva em relação ao significado do texto constitucional, sendo auxiliado nesse processo pela metodologia de interpretação jurídica desenvolvida pela ciência do direito. Porém, quando aplica cláusulas abstratas, como ocorre especialmente com os princípios e direitos fundamentais das constituições, a indeterminação semântica e moral é um fato, e a atividade judicial já não pode ser mais puramente cognitiva. O significado jurídico dessas cláusulas precisa ser construído por meio de argumentos elaborados a partir dos parâmetros normativos existentes no próprio sistema jurídico e dos parâmetros metodológicos elaborados pela ciência do direito. Para o construtivismo, interpretar, nesses casos, não é nem conhecer nem criar, mas construir a resposta certa. Na polêmica, porém influente versão dworkiniana, a leitura moral da constituição sempre permite que o intérprete *construa* a única resposta certa nos casos difíceis a partir dos princípios e direitos fundamentais da constituição.

6 Consequencialismo jurídico

A última concepção teórica que vamos examinar não é propriamente uma teoria da interpretação jurídica, mas antes uma teoria ou uma ideologia da decisão judicial que impacta profundamente na visão tradicional que o pensamento jurídico sempre reservou à interpretação. De fato, o consequencialismo jurídico é uma teoria da decisão judicial segundo a qual o juiz deve utilizar como critério primordial para a decisão a escolha da solução que possa produzir as melhores consequências

práticas, ou seja, que promova um estado de coisas no plano fático que entender desejável por razões que não estão contempladas no programa das normas jurídicas incidentes no caso que está sendo decidido.⁴⁸ As consequências práticas a serem produzidas ou promovidas pela decisão devem ser obtidas por alguma concepção extrajurídica relacionada com a questão *sub judice*, como, por exemplo, por uma teoria econômica ou política, isto é, a decisão deve estar ancorada em argumentos não institucionais, para usar a terminologia proposta por Humberto Ávila.⁴⁹

Pode-se dizer que o consequencialismo parte de pressupostos realistas ou céticos em relação às normas jurídicas. A premissa básica é que disposições legais não são capazes de determinar decisões judiciais, sendo que as razões que fundamentam essa premissa podem variar desde uma proposição mais tradicional, como o fato já explorado de que textos legais são semanticamente indeterminados e oferecem diferentes possibilidades de interpretação, até proposições mais abrangentes que consideram que normas jurídicas são normalmente enunciados linguísticos abstratos que, por definição, não contêm informações suficientes para justificar decisões judiciais de casos concretos. Porém, diferentemente dos realistas, que se limitam a propor uma teoria meramente descritiva da atividade de interpretação jurídica, os consequencialistas partem da descrição realista da atividade interpretativa para propor, a seguir, uma teoria normativa de como os juízes devem decidir processos judiciais. Nesse sentido, o consequencialismo opera no mesmo campo do construtivismo jurídico porque se apresenta como uma teoria normativista da decisão judicial.

Como dissemos, as consequências a serem produzidas pela decisão não são aquelas inerentes à aplicação das normas jurídicas incidentes no caso, isto é, os efeitos jurídicos ou os fins sociais, econômicos, políticos, etc. que se podem considerar como normalmente esperáveis da aplicação de determinada disposição legal. Não é esse o propósito de uma teoria consequencialista da decisão judicial. Vimos que essa teoria da decisão judicial parte da premissa de que uma norma jurídica não oferece uma única possibilidade interpretativa ou é apenas uma formulação abstrata e, portanto, é inevitável que o juiz tenha que escolher discricionariamente entre diferentes alternativas interpretativas ou concretizar a norma abstrata no contexto concreto de aplicação. Diante dessa situação, o juiz deve avaliar quais podem ser as consequências extrajurídicas de cada solução possível e eleger aquela

⁴⁸ Luís Fernando Schuartz propôs a seguinte definição para o consequencialismo jurídico: “Qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação *jurídica* de uma determinada decisão à *valoração das consequências* associadas a ela e às suas alternativas”. SCHUARTZ, Luís Fernando. *Consequencialismo, racionalidade decisória e malandragem*. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 383-384.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, mar. 2001, p. 157-180.

que produza ou promova as consequências mais desejáveis ou úteis a partir de critérios extrajurídicos. Vale dizer, o estado de coisas a ser produzido ou promovido pela decisão não é aquele inerente ao programa da norma jurídica a ser aplicada. As consequências práticas que operam como critério de escolha da solução a ser adotada pelo juiz são fatores externos à norma jurídica que ele está interpretando e aplicando, podendo ter diferentes objetos: podem ser consequências políticas, econômicas, sociais, culturais, institucionais. Em suma, o que define a decisão como consequencialista é que o critério usado para a decisão é a produção de consequências práticas externas à norma aplicada que o juiz considera como desejáveis ou úteis com base em algum parâmetro extrajurídico.

Considerando que as consequências a serem promovidas não são previstas na norma a ser aplicada e são escolhidas discricionariamente pelo arbítrio do juiz, uma abordagem consequencialista implica o risco de transformar a atividade judicial em uma prática abertamente política. A função do juiz deixa de ser a de julgar casos com base no sistema jurídico vigente, que pertence à própria essência do conceito de Estado de Direito, e passa a ser a de um agente público que toma decisões para promover objetivos econômica ou politicamente desejáveis. Como esses objetivos não estão previstos no programa da norma ou das normas aplicadas, a eleição das consequências e a valoração da sua relevância é uma decisão do juiz, que então receberia a liberdade para impor aos destinatários da decisão a sua própria agenda pessoal ou a do grupo a que pertence, incluindo sua ideologia política e visão econômica ou cultural. No caso da aplicação da constituição, essa politização da decisão judicial é alarmante, já que, no sistema jurídico brasileiro, parte significativa das decisões do Supremo Tribunal Federal – e mesmo dos tribunais inferiores – têm eficácia geral (*erga omnes*) ou coletiva. Nesse contexto, a adoção do consequencialismo representaria a transformação da função judicial em uma função legislativa e eventualmente inclusive governamental, o que não parece compatível com a ideia de Estado Democrático de Direito e com o princípio da separação de poderes que pertence à própria essência desse modelo de Estado.

Por outro lado, é possível também identificar problemas internos ao consequencialismo enquanto teoria normativa da decisão judicial. Um deles consiste na ausência de parâmetros objetiva ou intersubjetivamente aceitáveis para a escolha das consequências que serão adotadas como critério da decisão e, a seguir, para a justificação da sua deseabilidade. Considerando que as consequências extrajurídicas a serem promovidas pela decisão judicial podem ter diferentes objetos – políticos, econômicos, sociais, culturais, institucionais – qualquer um deles pode ser escolhido pelo juiz, ainda que o estado de coisas eleito para ser promovido sacrifique a produção de outras consequências que poderiam ser avaliadas como igualmente desejáveis. Não há critério objetivo para dizer qual

deve ser a consequência selecionada e por que as demais serão ignoradas ou sacrificadas. Além disso, nada além da vontade do juiz decidirá por que e em que medida a consequência selecionada é desejada e por que ela, particularmente, é mais desejável do que outras. Ou seja, o consequencialismo jurídico pressupõe em uma teoria radicalmente voluntarista da decisão judicial.

Outro problema interno do consequencialismo diz respeito à verificabilidade empírica da relação de causalidade entre a decisão judicial e as consequências práticas extrajurídicas que o juiz elege para promover. O consequencialismo jurídico parte da premissa de que o juiz tem acesso a evidências justificadas de que determinada decisão provocará ou promoverá determinado efeito, mas é difícil entender como poderíamos aceitar como uma característica padrão ou natural ao processo decisório de um juiz essa capacidade de estabelecer nexos causais razoavelmente seguros entre a sua decisão e as consequências que pretende provocar ou promover com ela. Novamente nos deparamos com a ameaça do voluntarismo jurídico embutido no programa consequencialista. Como vimos, o consequencialismo é profundamente vinculado ao movimento do *Law and Economics* e, por isso, não surpreende que muitos de seus autores proponham que juízes devem recorrer a teorias econômicas para compreender as consequências de suas sentenças e para julgarem seus casos levando-as em conta,⁵⁰ mas, se mesmo as teorias econômicas são notoriamente incapazes de oferecer previsões seguras e confiáveis de fatos econômicos para auxiliar as funções da própria ciência da economia e orientar os agentes econômicos, por que os juízes deveriam ser ingênuos e conferir credibilidade a previsões que frequentemente não passam de especulação e tantas outras vezes de pura propaganda ideológica?

É importante ter em mente que o consequencialismo é uma teoria da decisão judicial que floresceu em um cenário jurídico muito específico, no direito norte-americano, e pode ser considerado um desenvolvimento mais moderno do movimento realista. Conquanto possamos rastrear seus pressupostos filosóficos no utilitarismo britânico e no pragmatismo norte-americano, o consequencialismo jurídico é um movimento típico do universo jurídico dos Estados Unidos, estando

⁵⁰ Já o texto seminal de Oliver Wendell Holmes, *The Path of Law*, de 1897, propunha que os juízes passassem a levar em consideração teorias econômicas em sua decisão, mas é em Richard Posner, um dos pioneiros e ainda hoje um dos grandes expoentes dessa visão, que esse programa é proposto de forma bem mais estruturada e apresentado com a justificativa de que a economia produz conhecimento empírico seguro para as questões que são normalmente decididas por juízes. Segundo o autor, “a importância da economia para o direito é que os economistas estão preocupados em mapear muitas das consequências que são centrais para a análise legal pragmática, como os efeitos econômicos de sindicatos, cartéis, divórcio, incapacidade, discriminação, indenização punitiva, regulamentações de segurança e saúde, penas de prisão e aí por diante” (POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. São Paulo: GenForense, 2010. p. 60).

particularmente associado à escola da análise econômica do direito,⁵¹ que teve pouca repercussão fora daquele cenário.⁵² Portanto, poderíamos eventualmente descartar estudá-lo em um texto sobre teoria da interpretação constitucional no âmbito do direito constitucional brasileiro, mas o fato é já não podemos fazer isso, porque o Poder Legislativo brasileiro curiosamente resolveu tornar o consequencialismo um critério legal para decisões judiciais no âmbito do direito público brasileiro, inclusive, pois, das decisões envolvendo a aplicação da constituição. Aliás, um dos dispositivos introduzidos pelo legislador parece dirigido especificamente para a jurisdição constitucional.

De fato, a Lei nº 13.655, de 2018, alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sendo o novo artigo 20 do estatuto o enunciado de maior impacto na interpretação constitucional. Esse artigo 20 prevê 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”. Se esse dispositivo legal for interpretado como condicionando a decisão judicial ao cálculo de suas consequências práticas, então esse dispositivo é rigorosamente a incorporação do programa pragmatista de Richard Posner no direito positivo brasileiro. Segundo Posner, o pragmatismo “é impaciente com abstrações como ‘justiça’ e ‘imparcialidade’, com *slogans* como ‘autogoverno’ e ‘democracia’ e com a retórica pretensiosa de absolutos – a menos que fique convencido de que essas bandeiras têm valor social prático”. Em um ataque direto ao construtivismo dworkiniano, Posner afirma que “para o pragmatista cotidiano, assim como para os sofistas da Grécia Antiga com quem se parece (eles fazem parte de seus ancestrais), teorias morais, políticas e jurídicas têm valor só como retórica, não como filosofia”.⁵³

Ocorre que, como vimos acima, as constituições modernas – e a Constituição Federal de 1988 sem dúvida alguma – são textos legais repletos de princípios e direitos fundamentais, todos expressos em dispositivos que incorporam “valores

⁵¹ O mais influente teórico do consequencialismo jurídico é Richard Posner, embora ele rejeite ser propriamente um autor “consequencialista” e prefira ser compreendido como um teórico do pragmatismo jurídico, derivado da tradição pragmática da filosofia norte-americana. Ver POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*, cit., p. 45-74. Para uma abordagem mais filosófica do pragmatismo jurídico no contexto norte-americano, ver HAACK, Susan. *Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

⁵² Uma importante exceção na valorização do consequencialismo no raciocínio judicial fora dos Estados Unidos encontramos na obra do jusfilósofo escocês Neil MacCormick, porém esse autor parece ter sustentado uma versão fraca de consequencialismo, sobre a qual falaremos em breve. Ver MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. Manuel Atienza, comentando a posição de MacCormick, também chama a atenção para o fato de que o consequencialismo do autor escocês não corresponde ao consequencialismo da tradição utilitarista (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2. edição. São Paulo: Gen-Forense Universitária, 2014. p. 153-157).

⁵³ POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*, cit., p. 9.

jurídicos abstratos”, alguns mais abstratos (república, Estado de Direito, democracia, dignidade da pessoa humana, pluralismo político, justiça social, liberdade, igualdade), outros menos abstratos (legalidade, publicidade, impessoalidade). Uma constituição moderna é caracteristicamente uma ordem normativa composta, sobretudo, por “valores jurídicos abstratos”. Se esse artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro fosse aplicado como parece pretender o texto literal de seu enunciado, em toda aplicação de um princípio ou direito fundamental da nossa Constituição o juiz ou o tribunal teria que decidir levando em consideração as consequências práticas da sua decisão, o que tornaria a jurisdição constitucional brasileira um curioso império do consequencialismo.

Contudo, a interpretação “literal” desse dispositivo legal, que transformaria o consequencialismo na doutrina oficial da interpretação constitucional brasileira, pode ser superada por dois argumentos, um de natureza legal, outro de natureza constitucional. O argumento legal é que o Código de Processo Civil de 2015 regulou cuidadosamente o processo de decisão judicial e não incorporou o cálculo das consequências entre os critérios a serem examinados pelo juiz em sua decisão. De fato, o CPC de 2015 é um estatuto processual civil particularmente dirigista em relação às decisões judiciais. O artigo 489, §1º, elenca uma série de diretrizes para a fundamentação das decisões judiciais, inclusive a devida motivação quando do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem fazer qualquer referência ao cálculo das consequências como diretriz decisória. Já o artigo 926 inseriu a integridade e a coerência como diretrizes do processo decisório dos tribunais, preceito que representa uma adesão a uma concepção do processo decisório jurisdicional que oscila entre o formalismo e o construtivismo, concepção, portanto, incompatível com um possível predomínio do consequencialismo. Ou seja, esse novo dispositivo teria que ser interpretado sistematicamente, em sintonia com o Código de Processo Civil de 2015, caso em que ele perde sua força normativa.

Já o argumento constitucional é ainda mais corrosivo à força normativa da diretriz decisória consequencialista. Princípios e direitos fundamentais inseridos na constituição incorporam efetivamente os valores e os fins políticos e morais mais importantes do sistema jurídico e podem ser considerados o produto da escolha democrática da mais genuína expressão da soberania popular, o poder constituinte, originário ou derivado. Na medida em que esses valores e fins políticos e morais pré-jurídicos foram convertidos em normas jurídicas, eles passaram a ter um valor deontológico jurídico e devem ser realizados porque é juridicamente compulsório realizá-los, independentemente de suas consequências não jurídicas. Muitas dessas normas “abstratas” instituem direitos e impõem deveres jurídicos, e direitos e deveres constitucionais são categorias deontológicas que se impõem a todos os poderes do Estado, inclusive ao Poder Judiciário. Juízes de um Estado

Constitucional de Direito não podem relativizar direitos e obrigações constitucionais endereçadas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sob o argumento de que as consequências práticas da sua proteção, no caso dos direitos, ou de sua imposição, no caso dos deveres, não são desejáveis do ponto de vista econômico ou político. O consequencialismo representaria um golpe fatal na força normativa dos princípios e direitos fundamentais e tornaria a eficácia jurídica dessas normas condicionada pelo cálculo subjetivo e arbitrário de juízes acerca do impacto econômico ou político da decisão. Como vimos, essa disciplina transformaria os juízes em administradores públicos e legisladores, outorgando-lhes o poder de recusar a incidência de normas constitucionais ou de manipular seu significado normativo para atingir finalidades extrajurídicas da predileção dos próprios julgadores. É evidente que o consequencialismo forte é incompatível com o princípio da separação dos poderes, uma das cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, e, portanto, inconstitucional.

Em um sentido mais trivial, a avaliação das consequências da decisão é comum na argumentação jurídica e, especialmente, em decisões que aplicam normas principiológicas e definidoras de direitos fundamentais, como, aliás, é fácil de constatar quando se pesquisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁵⁴ Como parte do raciocínio judicial necessário para produzir a decisão possui a estrutura de um raciocínio moral, é natural que o exame das consequências de uma ou outra alternativa faça parte da formulação de determinado princípio decisório.⁵⁵ O consequencialismo moderado é trivial no raciocínio judicial e, inclusive, já constava como critério decisório na redação original do próprio Decreto-Lei nº 4.657/1942, cujo artigo 5º prevê que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Todavia, o artigo 20 da LINDM, inserido pela Lei nº 13.655/2018, pretendeu introduzir no direito brasileiro um consequencialismo forte, provavelmente com a

⁵⁴ Cláudio de Souza Pereira Neto e Daniel Sarmiento, defendendo exatamente a naturalidade da análise das consequências como um dos critérios de decisão na jurisdição constitucional, recordam que, já no julgamento da ADI-MC nº 534/DF, em 1991, que tratava da constitucionalidade do bloqueio de ativos do Plano Collor, o Supremo Tribunal Federal usou expressamente argumentos consequencialistas para preservar a validade das normas. Ver PEREIRA NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 424.

⁵⁵ Antônio Frederico Saturnino Braga sustenta que, mesmo na justificação deontológica do imperativo categórico kantiano, em muitos casos não se consegue apresentar uma crítica da moralidade de ações humanas “sem mencionar o fim ou o resultado por ele visado, ou as consequências que ela provavelmente irá acarretar”. Ver BRAGA, Antônio Frederico Saturnino. *Kant, Rawls e o utilitarismo: justiça e bem na filosofia política contemporânea*. Rio de Janeiro: Contraponto/Anpof, 2011. p. 125. O argumento da convergência entre deontologismo e consequencialismo, explorado na obra de Braga, é bastante conhecido na filosofia moral contemporânea, especialmente na forma do consequencialismo de regras (*rule-consequentialism*). Ver PARFIT, Derek. *On What Matters*. Volume One. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 371-420. Para uma coletânea de textos clássicos sobre o tema, ver DARWALL, Stephen. *Consequentialism*. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2003.

intenção de impor aos juizes brasileiros a agenda da análise econômica do direito. Coerente com o ceticismo moral que é característico de concepções pragmáticas sobre o direito e a política, a norma parece ter como objetivo condicionar a aplicação dos princípios e direitos fundamentais da Constituição Federal à compatibilidade com a eficiência econômica, ou seja, a lei pretendeu que os juizes modulassem a aplicação de princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição de modo a produzir a maior eficiência econômica possível, mas essa agenda eficientista é estranha ao direito constitucional brasileiro. A eficiência econômica sequer é um valor constitucional e, portanto, não pode ser erigida a uma condição para a tutela judicial dos princípios e direitos fundamentais da Constituição Federal.⁵⁶ Por conseguinte, se algum consequencialismo pode ser considerado parte da interpretação e da aplicação de normas constitucionais é o consequencialismo moderado, que sempre fez parte do raciocínio judicial, particularmente quando da aplicação de cláusulas abertas das constituições. O consequencialismo forte que a Lei nº 13.655/2019 pretende impor à jurisdição constitucional brasileira é incompatível com o sistema constitucional brasileiro.

7 Considerações finais

As constituições contemporâneas são textos normativos complexos e abrangentes. Temas como forma de governo (monarquia ou república), forma de Estado (federação ou estado unitário), regime de governo (presidencialismo, parlamentarismo), estrutura básica dos poderes do Estado (executivo, legislativo e judiciário), modelo político de Estado (liberal, social, socialdemocrata), modelo básico de economia (liberal, de bem-estar social, socialista) pertencem tipicamente às constituições. Determinados direitos morais e políticos ligados a aspectos fundamentais da vida humana também são incorporados às constituições e considerados como direitos fundamentais, como ocorre com diversos direitos de liberdade e de igualdade, com o direito de participação na vida política do Estado e, mais recentemente, com direitos que demandam obrigações estatais positivas, como saúde, educação, moradia, previdência e assistência social. Esse conjunto de normas usualmente constitui um sistema de princípios de moralidade política que visa assegurar vida digna para cada indivíduo e justiça política para a comunidade

⁵⁶ Na realidade, a ordem constitucional econômica instituída pela Constituição Federal de 1988 subordina a eficiência econômica à proteção e promoção dos princípios e direitos fundamentais nela previstos, e não o contrário. De fato, o artigo 170, *caput*, dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Ver GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19. edição. São Paulo: Malheiros, 2018.

como um tudo. Por isso, uma constituição é um texto escrito, como a legislação moderna, mas é muito mais do que uma lei.

A compreensão e a aplicação da constituição permitem o recurso da metodologia jurídica desenvolvida pelo formalismo e incessantemente refinada até nossos dias. Contudo, parece inegável que a teoria formalista da interpretação jurídica não é nem suficiente nem adequada para a interpretação das normas constitucionais que preveem princípios e direitos fundamentais, justamente as mais representativas normas de uma constituição. Essas normas são, ao fim e ao cabo, portadoras dos valores que conformam o sistema de moralidade e justiça política convertido na estrutura básica do Estado constitucional pela soberania popular no exercício do poder constituinte. Embora a metodologia jurídica formalista seja ainda muito útil para interpretar e aplicar normas constitucionais semanticamente determinadas, como as regras constitucionais que organizam poderes, instituições e procedimentos, ela claramente não é suficiente para a interpretação e aplicação de princípios constitucionais e normas de direitos fundamentais. O desafio que as teorias realistas sobre a interpretação jurídica há décadas vêm endereçando ao formalismo jurídico encontra na interpretação das normas constitucionais abertas um amplo espaço de comprovação das suas teses centrais.

Contudo, se o realismo metodológico é bem sucedido em apresentar uma abordagem descritiva da fenomenologia da interpretação jurídica, ele nada tem a oferecer para uma teoria normativa da interpretação, ou seja, uma teoria que proponha como os juízes e demais intérpretes devem interpretar as constituições, *malgré* as limitações que os realistas corretamente demonstraram existir no processo interpretativo. Ao longo do texto, apresentamos três teorias normativas sobre a interpretação constitucional: o formalismo, o construtivismo e o consequencialismo. Conquanto o formalismo e o consequencialismo moderado sejam concepções importantes e úteis para uma quantidade significativa de casos, as teorias construtivistas da interpretação, dentre elas a teoria da leitura moral de Ronald Dworkin, apresentam-se como contribuições teóricas muito mais promissoras para o desenvolvimento e o aprimoramento da atividade de concretização das cláusulas constitucionais que formam o cerne das nossas constituições. Embora nenhuma teoria normativista da interpretação seja capaz de derrotar integralmente o ceticismo sobre as normas das teorias realistas, o construtivismo jurídico talvez nos permita preservar o otimismo quanto à racionalidade da interpretação constitucional.

Referências

ALEXANDER, Larry; SHERWIN Emily. *Desmystifying Legal Reasoning*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008.

- ALLAN, T. R. S. *The sovereignty of law: freedom, constitution and common law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2. Edição. São Paulo: Gen-Forense Universitária, 2014.
- ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, mar. 2001, p. 157-180.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 15. edição. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BARAK, Aharon. *Purposive interpretation in Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 8. edição. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZES, Rubem. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Edipro, 2001.
- BINDREITER, Uta. The Realist Hans Kelsen. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie. *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, p. 101-130.
- BONGIOVANNI, Giorgio. *Teorie 'costituzionalistiche' del diritto: morale, diritto e interpretazione* in R. Alexy e R. Dworkin, Bologna: CLUEB, 2000.
- BRAGA, Antônio Frederico Saturnino. *Kant, Rawls e o utilitarismo: justiça e bem na filosofia política contemporânea*. Rio de Janeiro: Contraponto/Anpof, 2011.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Interpretação da Constituição: Noções Elementares. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 81-98.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.
- CHIASSONI, Perluigi. *Wiener Realism*. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie. *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013. p. 131-162.
- COLEMAN, Jules (editor). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- CORNELL, Drucilla; FRIEDMAN, Nick. *The mandate of dignity: Ronald Dworkin, revolutionary constitutionalism and the claims of justice*. New York: Fordham University Press, 2016.
- DARWALL, Stephen. *Consequentialism*. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1996.

- DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- FALLON JR., Richard H. *Law and legitimacy in the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Criaturas de la moralidad*. Madri: Editorial Trotta, 2009.
- FRANK, Jerome. *Law and The Modern Mind*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19. edição. São Paulo: Malheiros, 2018.
- GREEN, Michael Steven. The Legal Realism as Theory of Law. *William and Mary Law Review*, v. 46, n. 6, 2005, p. 1.915.
- GUASTINI, Riccardo. *Lezioni de Diritto Costituzionale*. Turim: Giappichelli Editore, 2001.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milão: Giuffrè Editore, 2011.
- HAACK, Susan. *Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- HART, H. L. A. American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. In: HART, H. L. A. *Essays on Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999.
- HOLMES, Oliver Wendell. The Path of Law. 10 *Harvard Law Review* 457 (1897).
- JUST, Gustavo. *Interpretando as teorias da interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- KRAMER, Matthew H. *H.L.A. Hart*. Cambridge: Polity Press, 2018.
- LAMEGO, José. *Elementos de Metodologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2018.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- LLEWELLYN, Karl. *The Brumble Bush*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- LLEWELLYN, Karl. *Theory of Rules*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.
- MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197-240.
- MELLO, Cláudio Ari. A leitura moral da constituição como teoria da interpretação constitucional. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABBOUD, Georges (Org.). *Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. p. 305.
- MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da teoria do direito de Ronald Dworkin. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, p. 723-753, 2017.
- MORESO, Juan Jose. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de La Constitución*. 2. edição. Lima: Palestra, 2014.
- MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba: Juruá, 2014.
- MOTTA, Francisco José Borges da. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. 2. edição. Salvador: JusPodivm, 2018.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PARFIT, Derek. *On What Matters*. Volume One. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- PAULSON, Stanley. Hans Kelsen on legal interpretation, legal cognition, and legal science. *Jurisprudence*, v. 10, n. 2, 2019, p. 188-221.
- PEREIRA NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. São Paulo: Gen-Forense, 2010.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Linhas Mestras da Interpretação Constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8. edição. São Paulo: Saraiva, p. 218-236.
- SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 2018.
- SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, mar. 1988, p. 509-54.
- SCHUARTZ, Luís Fernando. Consequencialismo, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 383-384.
- SHAPIRO, Scott. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (editor). *Ronald Dworkin*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 22-55.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-144.
- STOLLEIS, Michael. *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*. Madri: Marcial Pons, 2017.

STONE, Martin. Formalism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 166-205.

STONE, Martin. Formalism. Focalizando o Direito: O que a interpretação jurídica não é. In: MARMOR, Andrei (editor). *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 47-143.

STRECK, Lenio Luiz Streck. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAMANAH, Brian. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

TARELLO, Giovanni. *Il Realismo Giuridico Americano*. Milão: Giuffré Editora, 1962.

TROPER, Michel. L'interprétation constitutionnelle. In: TROPER, Michel. *Le Droit et La Nécessité*. Paris: PUF, 2011. p. 154-168.

TWINNING, William. *Karl Llewellyn and The Realist Movement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*. Londres/Nova Iorque: Verso, 2015.

VIALA, Alexandre. Le pessimisme de la théorie realiste de l'interprétation: une lecture schopenhaurienne du positivisme juridique. *Droit & Philosophie*, v. 08, 2016, p. 195-230.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 217-254.

VINX, Lars. *Hans Kelsen's pure theory of law: legality and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

WHITTINGTON, Keith. *Constitutional interpretation: textual meaning, original intent, and judicial review*. Kansas City: University Press of Kansas, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Editorial Trotta, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia Costituzionale*. Milão: Il Mulino, 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do Método Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 251-285, out./dez. 2020.
