



A nova interpretação constitucional: a toga como salvo-conduto

21/07/2026

No artigo anterior desta série, “[O neoconstitucionalismo: expansão do poder jurisdicional](#)”, demonstrou-se que o movimento não constitui teoria da Constituição, mas teoria da norma voltada a emancipar o juiz do texto legal, sob a retórica da “força normativa”, do inexistente “pós-positivismo” e da fictícia “expansão” da jurisdição constitucional. [1] Resta examinar o último e mais revelador dos marcos apontados por Luís Roberto Barroso: a “nova interpretação constitucional”. É aqui que a intenção política do neoconstitucionalismo deixa de ser insinuação e se torna programa.

Ao proclamar superada a interpretação tradicional — que resolvia os casos pela subsunção das regras —, Barroso sustenta que os problemas jurídicos nem sempre se resolvem no relato abstrato do texto normativo, cabendo ao julgador tornar-se “co-participante do processo de criação do direito”, completando o trabalho do legislador ao valorar cláusulas abertas e escolher entre soluções possíveis. [2] Abrem-se, assim, as válvulas da criatividade judicial: cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, princípios, colisões de normas constitucionais, ponderação, argumentação etc.

Sincretismo com verniz de método

A aposta é um flagrante “sincretismo metodológico”, [3] que recruta toda mixagem teórica capaz de emprestar verniz de juridicidade a uma pretensão de correção do direito por atividade originalmente criativa do juiz. A censura da doutrina não tardou: falta ao sincretismo qualquer critério de seleção entre os métodos convocados, que se sucedem conforme a conveniência do resultado perseguido, não conforme sua coerência interna. [4]

Não se trata, portanto, de ecletismo teórico legítimo — hipótese em que a convivência de métodos distintos poderia enriquecer a interpretação —, mas de bricolagem instrumental: cada peça da mixagem é acionada apenas quando serve ao resultado já antecipado pelo intérprete, e descartada quando o contradiz. Ao fim e ao cabo, a “nova interpretação constitucional” é abertura franca ao ativismo judicial — um agir “racional” e politicamente consciente do juiz para enfrentar a “resistência política” contra os “avanços” exigidos pelos “valores constitucionais”.

Paradoxo do juiz ‘de fora’

Aposta-se no império criativo-normativo dos juízes, sobretudo dos constitucionais. Pressupõe-se que os magistrados, por estarem “fora” do jogo político, teriam melhores condições de perceber a realidade e tomar as decisões estruturantes de uma nova sociedade — desde que sejam, é claro, bons, cômicos de suas responsabilidades e dotados de “senso de justiça”. O idealismo confessa a adesão a um modelo em que o Judiciário, mesmo não eleito, converte-se em porta-voz oficial do povo.

O paradoxo é intransponível: sob o argumento de que a “nova interpretação” realizará a democracia, aposta-se em agentes que não passaram pelo sufrágio popular, rompendo a submissão do Judiciário ao Direito para fundar decisões em “aspirações sociais”, “vontades de minorias”, “interesses morais” — subjetividades a que se recorre precisamente para dispensar o texto.

A posição sequer enfrenta o argumento oposto: a legitimidade democrática do juiz decorre exatamente de sua submissão à legalidade constitucional, demonstrada pela fundamentação da decisão. Embora a crítica pareça óbvia, deve ser sempre reafirmada. É apenas assim, sob a obediência da legalidade constitucional, que o magistrado representa o povo. [5] Não há atalho: é o respeito ao devido processo legal e aos demais direitos fundamentais do processo — e não o “senso de justiça” do julgador —, que confere ao poder contramajoritário do juiz a única legitimação de que ele é capaz.

Da autocracia à juristocracia

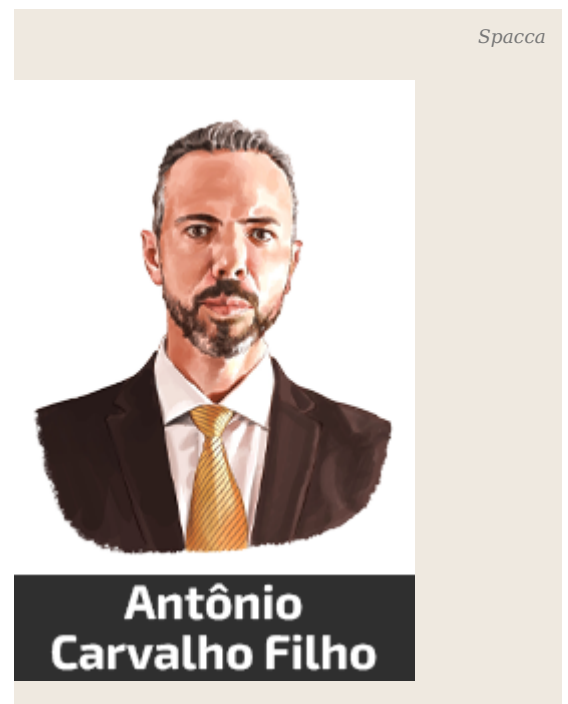
Autorizar o juiz a criar enunciados gerais e abstratos não positivados, liberando-o da submissão ao direito posto, equivale a dotá-lo de um superpoder sobreposto às demais funções estatais — uma autocracia judicial fundada “em nome do povo”. [6]

Já tive oportunidade de situar esse mesmo fenômeno com maior vagar. [7] No uso da política pelo neoconstitucionalismo, ele reaparece, sob outro nome, no exame da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a expansão da interpretação judicial sem limites normativos claros, ameaça a previsibilidade e a segurança jurídica. O uso dessa dimensão objetiva para justificar decisões calcadas em valores subjetivos do julgador é risco direto à separação dos poderes. [8]

Autocracia e juristocracia nomeiam a mesma operação sob ângulos distintos: a primeira descreve a concentração do poder decisório em uma única vontade; a segunda, o efeito sistêmico dessa concentração sobre o desenho institucional da República. Ambas descrevem o abandono da legalidade como critério e sua substituição pela convicção do intérprete.

É o reencontro com o juiz-antena de Dinamarco, já criticado nesta série, [9] sob novos argumentos meramente retóricos. No neoconstitucionalismo não há verdadeira “nova interpretação” da Constituição, pelo contrário, há ruptura completa com a metodologia jurídica, autorizando ao juiz acesso político para operar decisões do direito, rompendo por completo com o sistema do direito. [10]

Pretensão de correção: subterfúgio alexyano



Para além do instrumentalismo já tratado, Robert Alexy ofereceu a esse projeto sua contribuição mais sofisticada: a tese de que a moral se conecta ao direito como critério de validade. Vale-se, para tanto, da fórmula de Radbruch — o direito positivo prevalece ainda quando injusto, salvo quando a contradição com a justiça atinja grau “insuportável”, hipótese em que a lei, “lei incorreta”, cede à justiça. [11] Arthur Kaufmann, ao sistematizar Radbruch, insiste que esse conceito não é positivista nem jusnaturalista: são as normas dirigidas à Justiça que possuem qualidade jurídica, sem que a justiça se converta em valor jurídico absoluto. [12]

Alexy parte dessa premissa para erigir sua “pretensão de correção”: sistemas normativos que não a formulem, explícita ou implicitamente, não seriam sistemas jurídicos — conexão “classificadora”; já normas e decisões isoladas que a descumpram não perdem validade, apenas se tornam “juridicamente defeituosas” — conexão meramente “qualificadora”. [13] Eugenio Bulygin expôs a fragilidade lógica da distinção: se a pretensão de correção é conceitualmente necessária aos sistemas jurídicos, não há razão para que seja apenas qualificadora quando aplicada a normas e decisões isoladas — ou é necessária nos dois planos, ou em nenhum. [14]

O argumento é robusto e desnuda o verdadeiro objetivo de Alexy: fazer do juiz “participante do sistema”, que deve sempre perguntar se sua decisão é “certa”, “correta”, “moral”, “digna”, “ótima”. [15] Todavia, não é tarefa de quem julga descrever o justo; mas aplicar normativamente o direito. Ao converter o juiz em revisor moral de sua própria operação, Alexy o retira da investidura jurisdicional e o transforma em emissor de opinião privada legislativa travestida de ato estatal.

A mesma arquitetura reaparece, sem surpresa, em outra das válvulas enumeradas pelo neoconstitucionalismo: a ponderação. A ponderação alexyana — seja ela valorativa, principiológica ou subjetiva — sempre será abertura ao ativismo judicial, por mais controle doutrinário que se queira impor tem um problema em si: falta ao juiz, como falta à doutrina, qualquer “ponderômetro” capaz de medir cientificamente o peso relativo de direitos em colisão. [16] A convocação da moral pela via alexyana não depura o direito: apenas substitui o texto por um critério ainda mais maleável — a convicção do próprio intérprete sobre o que é correto.

No Brasil, Hermes Zaneti Jr. radicalizou a proposta: a pretensão de correção seria o compromisso do direito com a “aporia fundamental” da justiça, de modo que um ordenamento que não a formule sequer mereceria ser chamado de jurídico. [17] A tese é digna de desenvolvimento em teoria do direito ou em ciência política — nunca em dogmática jurídica. Falta-lhe qualquer comprovação na realidade normativa; é “autopoiese doxográfica”, exposição de opinião pessoal traduzida em vocabulário técnico. Imprestável, pois, para o debate jurídico.

Síntese

Trocando em miúdos: a “nova interpretação constitucional” e a pretensão de correção de matriz alexyana não passam de aberturas episódicas do juiz para a política. Quando lhe convém, ele passeia pelos campos políticos, trazendo à decisão suas convicções corretivas sobre normas que reputa injustas; quando a política ameaça, regressa ao abrigo das garantias funcionais da jurisdição. [18]

Tais “aberturas” nunca representam fundamento. Ao juiz é vedado imiscuir-se em tarefa que a Constituição reservou à autoridade democraticamente eleita. [19]

Um juiz que ora é jurídico, ora é político, conforme a conveniência do caso concreto, não presta contas a nenhum dos dois papéis: presta contas apenas a si mesmo.

Esse é o “produto final” da “nova interpretação constitucional”: nada de interpretação e nova apenas no grau de sinceridade com que dispensa o direito que deveria aplicar.

[1] CARVALHO FILHO, Antônio. “O neoconstitucionalismo: expansão do poder jurisdicional”. Consultor Jurídico, 29 jun. 2026. Disponível [aqui](#).

[2] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, 240, 2005, p. 9. [Aqui](#).

[3] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, 240, 2005, p. 8. [Aqui](#)

[4] SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico, in: Interpretação Constitucional, 1.ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 115-143.

[5] FERREIRA, Daniel; CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. Divisão funcional do poder do Estado: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. Revista Brasileira de Direito Processual — RBDPro, Belo Horizonte, ano 28, nº 109, jan./mar. 2020, pp. 69-91.

[6] COSTA, Eduardo José da Fonseca. As garantias arquifundamentais: não criatividade e imparcialidade, in: Revista Empório do Direito. Disponível [aqui](#).

[7] CARVALHO FILHO, Antônio. A desconstrução do processo justo, 2.ed., Belo Horizonte: Casa do Direito, 2026, p. 163.

[8] CARVALHO FILHO, Antônio. Processo como direito fundamental: teoria e dogmática do devido processo legal. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2025, p. 109.

[9] CARVALHO FILHO, Antônio. “O juiz-antena e o colapso do sistema do Direito”. Consultor Jurídico, disponível [aqui](#).

[10] CARVALHO FILHO, Antônio. O Direito entre o sistema e o caos. Consultor Jurídico. Disponível [aqui](#)

[11] ALEXY, Robert. A defense of Radbruch’s Formula, in: Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order, ed. David Dyzenhaus, Portland: Hart Publishing, 1999, pp. 13-39. RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche

Juristen-Zeitung, Jahrg. 1, Nr. 5 (ago. 1946), p. 107. Cf., em crítica, RODRIGUES JR., Otávio Luiz. A fórmula Radbruch e o risco do subjetivismo, in: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://bit.ly/3wMFHLH>>.

[12] KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história, in: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas, A. Kaufmann e W. Hassemer (orgs.), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 138.

[13] ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 152.

[14] BULYGIN, Eugenio. Alexy y el argumento de la Corrección, in: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. La pretensión de corrección del derecho: La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, edição Kindle, pos. 328.

[15] ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 30.

[16] CARVALHO FILHO, Antônio. Processo como direito fundamental: teoria e dogmática do devido processo legal. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2025, pp. 169-170.

[17] ZANETI JR., Hermes. A constitucionalização do processo: do modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição, 2.ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 100.

[18] CARVALHO FILHO, Antônio. Processo como direito fundamental, cit., p. 128.

[19] CARVALHO FILHO, Antônio. A desconstrução do processo justo, 2.ed., cit., p. 171, conclusão parcial n. 10, à qual o presente texto dá desenvolvimento autônomo.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2026-jul-21/a-nova-interpretacao-constitucional-a-toga-como-salvo-conduto/>