

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA III**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Tibiriçá Amaral – Florianópolis: CONPEDI, 2026.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-623-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, Processo e Justiça Social: o papel da jurisdição constitucional na efetivação de direitos

2. Constituição. 3. Teoria constitucional. IX Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2026: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA III

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA III

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia III durante o IX Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 22 a 26 de junho de 2026, sob o tema geral “Constituição, Processo e Justiça Judicial: o papel da jurisdição constitucional na efetivação de Direitos”. Trata-se da nona experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os trabalhos apresentados no grupo revelaram uma preocupação comum com os desafios contemporâneos do constitucionalismo brasileiro, especialmente diante das tensões entre direitos fundamentais, democracia, jurisdição constitucional e transformação do Estado. A liberdade religiosa e o Estado laico foram discutidos a partir dos limites constitucionais impostos ao poder público, da necessidade de proteção das minorias religiosas e da efetividade dos direitos fundamentais em uma sociedade plural. Esse eixo dialogou diretamente com reflexões sobre a proporcionalidade, o núcleo essencial dos direitos

— como educação de qualidade, proteção da infância, igualdade religiosa e participação democrática — em experiências reais de cidadania.

Outro eixo expressivo do grupo concentrou-se no papel do Supremo Tribunal Federal, nas transformações do Estado e nos impasses da democracia brasileira em um contexto de complexidade social, econômica e tecnológica. Foram problematizados o ativismo judicial, a mutação constitucional, a construção das decisões do STF a partir de elementos extrainstitucionais e os limites do sistema de freios e contrapesos, especialmente quando a jurisdição constitucional se aproxima da criação normativa e desafia a segurança jurídica. Tais debates se articularam a reflexões mais amplas sobre as dificuldades de consolidação da democracia no Brasil, o papel político do Poder Judiciário, os desafios específicos da região amazônica, a participação popular, os impactos eleitorais e situações institucionais sensíveis, como a dupla vacância na chefia do Poder Executivo no caso do Rio de Janeiro.

Em perspectiva global, os trabalhos também abordaram as transformações do Estado e das constituições no capitalismo financeirizado, o constitucionalismo intersistêmico e a nova ordem mundial, bem como os efeitos da dataficação da vida pelas big techs como mecanismos de fortalecimento do populismo autoritário em democracias iliberais. Assim, o conjunto das apresentações demonstrou que a interpretação constitucional contemporânea não pode ser compreendida apenas como exercício técnico-jurídico, mas como prática institucional atravessada por disputas econômicas, tecnológicas, sociais e políticas, exigindo constante reflexão sobre os limites do poder, a legitimidade democrática e a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

NEOCONSTITUCIONALISMO OU PÓS POSITIVISMO? A IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA E DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CASO CONCRETO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

NEOCONSTITUCIONALISM OR POST-POSITIVISM? THE IMPORTANCE OF HERMENEUTICS AND OF THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION IN THE CONCRETE CASES BASED ON THE 1988 CONSTITUTION

Genalice Alves ¹

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar o Constitucionalismo moderno, em uma visão “neoconstitucionalista” ou “pós-positivista”, a partir da obra do Ministro Luís Roberto Barroso e da Dra. Ana Paula Barcellos. A partir do “neoconstitucionalismo”, observou-se a importância dos princípios e regras como normas constitucionais, a partir da Constituição Federal de 1988, analisando hermenêutica e interpretação de normas pela jurisdição constitucional. Foram observados vários princípios, e analisados vários direitos, como liberdade, igualdade, individualidade, coletividade, direitos fundamentais, assistência social, entre outros. Em seguida, foram analisados alguns julgados selecionados da jurisprudência, com o objetivo de analisar a aplicação da interpretação constitucional no Supremo Tribunal Federal. Através destes julgados, foi possível observar, a partir da obra do Ministro Luiz Edson Fachin, a prática nos julgados do STF, com o objetivo de compreender a hermenêutica constitucional aplicada aos direitos fundamentais. A conclusão final é de que a Interpretação Constitucional é uma importante aliada no Neoconstitucionalismo, e busca a lealdade e a legitimidade no caso concreto.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Pós positivismo, Nova interpretação constitucional, Supremo tribunal federal, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze modern constitutionalism from a “neoconstitutionalist” or “post-positivist” perspective, based on the work of former Justice Luís Roberto Barroso. From the

understanding constitutional hermeneutics applied to fundamental rights. The final conclusion is that Constitutional Interpretation is an important ally in Neoconstitutionalism and seeks fairness and legitimacy in the specific case.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitucionalism, Post-positivism, New constitutional interpretation, Supreme federal court, Fundamental rights

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o Constitucionalismo moderno, a partir da compreensão teórica da hermenêutica constitucional. A questão que se coloca é se é possível falar em uma visão “neoconstitucionalista” da interpretação constitucional, também chamada por alguns de “pós-positivista”¹. Tal discussão será feita a partir das obras do Ministro Luís Roberto Barroso e do Ministro Luiz Edson Fachin.

Pelo texto do Min. Barroso sobre o “neoconstitucionalismo”, observou-se a importância dos princípios e regras como normas constitucionais, tomando em consideração a CF/88, analisando hermenêutica e interpretação de normas pela jurisdição constitucional. Foram observados vários princípios, e analisados vários direitos, como liberdade, igualdade, individualidade, coletividade, direitos fundamentais, assistência social, entre outros.

Posteriormente, foi possível observar, a partir da obra do Ministro Luiz Edson Fachin, a prática nos julgados do STF, com o objetivo de compreender a hermenêutica constitucional aplicada aos direitos fundamentais e sua relação com a discussão sobre o neoconstitucionalismo.

Diante do exposto, destaca-se a importância dos princípios na hermenêutica constitucional do Supremo, para além da discussão teórica sobre a distinção entre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo, na prática da jurisdição constitucional aplicada aos direitos fundamentais.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO: “O COMEÇO DA HISTÓRIA”

Para o ministro Luís Roberto Barroso e a Professora Ana Paula Barcellos, na obra **“O Começo da História, a nova interpretação Constitucional e os princípios no Direito Brasileiro”**, o neoconstitucionalismo vem corrigir diversos problemas da pré-história constitucional brasileira como: violações da legalidade, elite patrimonialista, privilégios, apropriação privada do espaço público, déficit de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de vida digna, pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização. Na obra, o ministro Barroso fala da tradição europeia da primeira metade do século,

¹ Para uma discussão aprofundada sobre a distinção entre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo em uma abordagem crítica, ver: HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 8191, maio, 2007.

da falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras, do não reconhecimento da força normativa aos seus textos, da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata, do desrespeito à legalidade constitucional que acompanhou a evolução política brasileira como uma maldição, desde que D. Pedro I dissolveu a primeira Assembleia Constituinte (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Nesse contexto, ainda lembra as rebeliões ao longo da regência ao golpe republicano. Tudo sempre prenunciou um enredo acidentado, onde a força bruta diversas vezes se impôs sobre o Direito. Foi assim com Floriano Peixoto, com o golpe do Estado Novo, com o golpe militar, com o impedimento de Pedro Aleixo, com os Atos Institucionais; da intolerância à imaturidade e da insensibilidade social derrotando a Constituição de um país que não dava certo (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 26). Para ele, a Constituição de 1988 seria um marco zero, um recomeço, uma nova história para a legalidade constitucional, uma transformação, uma lente por onde se lê e se interpreta. “A efetividade da Constituição é a base onde se desenvolveu a nova interpretação constitucional” (BARROSO, 2002).

O ministro Barroso, na obra, traz uma abordagem sobre a nova interpretação constitucional. Para justificar essa nova interpretação, ele fala sobre tradição e modernidades: uma nota explicativa, trazendo uma nova interpretação constitucional, métodos para a solução de casos concretos, sobre princípios jurídicos específicos de interpretação constitucional, superação dos limites da interpretação jurídica convencional, legislação infraconstitucional, direito civil. Trata das normas constitucionais em particular, que buscam em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. Explica que o relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. O Ministro ressalta sobre a necessidade de serem vistos os elementos do caso concreto, dos princípios para interpretar a norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido. Explica que NÃO é sujeito de interpretação casos estabelecidos na Constituição, como servidor público (normativo), situações claras e expressas: aposentadoria, divórcio, separação, outros. Aborda assuntos como fluxo da modernidade, intérprete, interpretação, fatos e consequências, o impacto sobre a realidade, o intérprete e os limites da discricionariedade: escolhas, integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados.

Com relação ao pós positivismo e ascensão dos princípios, o ministro traz uma abordagem sobre o jusnaturalismo moderno², que começou a formar-se a partir do séc. XVI; Filosofia no Direito; a crença no direito natural: “ao longo do século XIX, com o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica” (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

O positivismo empurra o direito natural por considerá-lo metafísico e anticientífico. O positivismo jurídico passa a ter a pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais, que busca a objetividade científica, com ênfase na realidade observável. A ciência do Direito, como as demais, deve-se fundar no juízo de fato e não de valor, que representa uma tomada de posição de conhecimento diante da realidade. O ministro explica que não se deve travar no âmbito do Direito discussão sobre legitimidade e justiça³.

A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha (Barbáries), ao fim da Segunda Guerra, à superação do jusnaturalismo e ao fracasso político do positivismo (BARROSO; BARCELLOS, 2003). Daí surgem reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O Pós-positivismo, designação provisória e genérica, ideários difusos, valores, princípios, regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais⁴, é edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

A partir deste ponto, o Ministro fala da valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita pelos textos constitucionais e o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de sua normatividade, que fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética. Sobre as formulações, ganham unidade e consistência, “ao tempo em que se desenvolve um esforço teórico que procura transformar o avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos” (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

² Sobre o tema, V, Luís Roberto Barroso, “Fundamentos teóricos e filosóficos no novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, in **Temas de Direito Constitucional**, t. II, p. 3 e ss.

³ V. Norberto Bobbio. O positivismo jurídico, 1995, p. 223-4, e também Michael Löwy, Ideologias e ciências social – elementos para uma análise marxista. 1996, p. 40: “O positivismo, que se apresenta como uma ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, (...) acaba tendo uma função política ideológica”.

⁴ Sobre o tema, vejam-se: Antônio Augusto Cançado Trindade, **direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**, 1991; Ingo Wolfgang Sarlet, 1998; Flávia Piovesan, **Temas de direitos humanos**, 1998; Ricardo Lobo Torres (org.), **Teoria dos direitos fundamentais**, 1999; Willis Santiago Guerra Filho, **Processo constitucional e direitos fundamentais**, 1999; e Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, **constitucional e direitos fundamentais**, 2000.

O ministro aborda o discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a ética, - “ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação - deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas” (BARROSO; BARCELLOS, 2003). Traz uma reflexão filosófica sobre a dogmática jurídica e prática jurisprudencial, de produzir efeitos positivos sobre a realidade e os princípios com status de norma jurídica - superando dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata (nova interpretação sobre a aplicabilidade de princípios). Nessa dogmática moderna, as normas em geral e as normas constitucionais, enquadram-se em duas categorias diversas: princípios e regras. (antes, fundava-se no critério da generalidade). Explica que nos últimos anos há uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio. Desta forma, a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras. Segundo ele, a mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin⁵ e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy⁶. Na obra, o Ministro Barroso trabalha todo esse contexto para, finalmente, dar início a um marco importante no que seria o início do Neoconstitucionalismo, com relação a regras e princípios, como veremos a seguir.

2.1 Diferenciando regras, princípios e sua aplicabilidade no caso concreto.

Ao longo da obra **“O Começo da História. A nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro”**, o Ministro Barroso segue explicando a diferenciação entre Regras, Princípios e sua aplicabilidade no caso concreto. Explica que **regras** são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese de conflitos entre regras, somente uma delas irá prevalecer⁷.

⁵ Para leitura do autor, ver: Ronald Dworkin, **Taking rights seriously**, 1997 (a 1a. edição é de 1977). O texto seminal nessa matéria, do próprio Dworkin, foi “The model of rules”, **University of Chicago Law Review**, 35/14 (1967).

⁶ Para leitura do autor, ver Robert Alexy, **Teoría de los derechos fundamentales**, 1997 (a 1a. ed. do original *Theorie der Grundrechte* é de 1986).

⁷ V. BARROSO, Luís Roberto, “Fundamentos teóricos e filosóficos no novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, in **Temas de Direito Constitucional**, t. II, p. 32. “O Direito, como

Por outro lado, **princípios** contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida, e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Pois bem, passamos a ter princípios como elementos normativos. As dificuldades são: a interpretação e aplicação, determinação do seu conteúdo e eficácia, pelo fato de ser nova e apresentar problemas irresolvidos. “Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato” (BARROSO; BARCELLOS, 2003)⁸. O modelo tradicional, como já mencionado, foi concebido para interpretação e aplicação de regras, conclui. Para ele, “o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel de segurança jurídica - previsibilidade e objetividade das condutas - e os princípios, com sua flexibilidade dão margem à realização da justiça no caso concreto”⁹.

Quanto ao conteúdo, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Traduzem em si normalmente um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Traz ainda uma reflexão sobre alguns pontos: Isonomia, moralidade, eficiência são valores; justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades são fins públicos; já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar que regras são descritivas de

se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o *cronológico* – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da *especialização*. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre os direitos fundamentais.”

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.”

⁹ V. Ana Paula de Barcellos: “Ponderação de normas: alguns parâmetros jurídicos”, projeto de tese de doutoramento aprovado no programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro: “É possível identificar uma relação entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para maior previsibilidade do sistema jurídico. A justiça por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, a maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada. Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à ideia de justiça. Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita o valor da segurança, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada.” (texto ligeiramente editado).

conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Com relação à estrutura normativa, tem-se que o “relato de uma regra especifica os atos a serem praticados para o seu cumprimento adequado”. Desta forma, o princípio seria o - estado ideal - o fim a ser atingido - transformado em realidade, que pode não ser objetivamente determinado – subjetividade. E da concepção fisiológica ou ideológica do intérprete, como por exemplo: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana - descobrir os comportamentos - controvérsias a partir de um determinado conteúdo - observação do intérprete. O Ministro se aprofunda neste tema, trazendo alguns pontos das obras de Dworkin e Alexy: regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (*all or nothing*). Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir (BARROSO; BARCELLOS, 2003). Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos e explica:

“A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético”. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade.

Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social.

A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*”.¹⁰ (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Dessa forma, deve-se analisar o que é mais adequado ao caso concreto:

É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema tudo ou nada aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros - apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento

¹⁰Partindo da ideia original de Dworkin, o autor alemão Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 81 e ss.) deu novos desenvolvimentos analíticos ao tema, nos termos a seguir resumidos. As regras veiculam mandados de definição, ao passo que os princípios são *mandados de otimização*. Por essas expressões se quer significar que as regras (*mandados de definição*) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação. Os princípios se comportam de maneira diversa. Como *mandados de otimização*, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.

descrito pela regra violará grandemente o próprio fim que ela busca alcançar.”¹¹ (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Por fim, o Ministro finaliza: “princípios e, com crescente adesão na doutrina, também as regras - são ponderados, à vista do caso concreto” (BARROSO; BARCELLOS, 2003). E a partir daí o Ministro segue falando sobre ponderação e a argumentação jurídica.

A ponderação seria uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, e sobre a interpretação, normas relevantes, seleção dos fatos, necessidade de ponderação, grupo de normas, atribuição geral dos pesos, trazendo exemplos de debates: (i) relativização da coisa julgada, (ii) eficácia dos direitos fundamentais, (iii) papel da imprensa, liberdade de expressão, direito à informação. Sobre a ponderação, sugere ainda que possa ser componente do princípio da proporcionalidade, embora a ponderação não forneça referências materiais ou axiológicas para atribuição de pesos, riscos de difusão, técnicas de decisão, parâmetros para aplicação. E conclui: “A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado do ativismo judicial”. Mais adiante, o Ministro traz uma descrição minuciosa de cada um dos princípios constitucionais (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

2.2 Neoconstitucionalismo: uma conclusão sistemática

Com relação a um desfecho final sobre o tema “Neoconstitucionalismo”, o Ministro Barroso traz uma conclusão clara que disponibiliza o estudo do “Novo Constitucionalismo”, a partir de regras e princípios, aplicáveis mediante ponderação, argumentação, e interpretação constitucional, conforme transcritos a seguir:

I. A interpretação constitucional tradicional assenta-se em um modelo de regras, aplicáveis mediante subsunção, cabendo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto. Os juízos que formula são de fato, e não de valor. Por tal razão, não lhe toca função criativa do Direito, mas apenas uma atividade de conhecimento técnico. Esta perspectiva convencional ainda continua de grande valia na solução de boa parte dos problemas jurídicos, mas nem sempre é

¹¹ V. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), cit., p. 28 e ss. O STF, no julgamento do Habeas Corpus 7703-PE (Rel. Min. Marco Aurélio, DF 11.09.98), considerou ser essa a hipótese e afastou, no caso concreto, a aplicação do art. 1º do Decreto-Lei nº 200-67 para conceder a ordem e trancar ação penal proposta contra ex-Prefeita. A questão era a seguinte. Determinado Município contratou, sem concurso público, um gari por cerca de nove meses; posteriormente, o gari ingressou na justiça trabalhista exigindo um conjunto de direitos. A reclamação foi julgada improcedente pelo Juízo trabalhista, que acolheu a alegação do Município de nulidade da relação por falta de concurso público e determinou a remessa de peças ao Ministério Público para responsabilização da autoridade que dera causa ao descumprimento da regra constitucional. Com fundamento nesses fatos, o Ministério Público propôs a ação penal em face da ex-Prefeita. O STF, no entanto, considerou que o evento era insignificante, que a Municipalidade não teria sofrido prejuízo e que o fim da norma prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 200/67 não fora afetado e, por essas razões, determinou o trancamento da ação penal.

suficiente para lidar com as questões constitucionais, notadamente a colisão de direitos fundamentais.

II. A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são ideias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

III. Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade.

IV. A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.

V. A teoria da argumentação tornou-se elemento decisivo da interpretação constitucional, nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, dependendo de valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto. Cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade por parte do intérprete. Nessas hipóteses, o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.

VI. A interpretação constitucional serve-se das categorias da interpretação jurídica em geral, inclusive os elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Todavia, as especificidades das normas constitucionais levaram ao desenvolvimento de um conjunto de princípios específicos de interpretação da Constituição, de natureza instrumental, que funcionam como premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas da aplicação das normas que vão incidir sobre a relação jurídica de direito material.

Estes princípios instrumentais são os da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade-proporcionalidade e da efetividade.

VII. Os princípios constitucionais materiais classificam-se, em função do seu status e do grau de irradiação, em fundamentais, gerais e setoriais. Dentre as modalidades de eficácia dos princípios, merecem destaque a interpretativa – que subordina a aplicação de todas as normas do sistema jurídico aos valores e fins neles contidos – e a negativa, que paralisa a incidência de qualquer norma que seja com eles incompatível. É possível acontecer de uma norma ser constitucional no seu relato abstrato, mas revelar-se inconstitucional em uma determinada incidência, por contrariar o próprio fim nela abrigado ou algum princípio constitucional.

VIII. A jurisprudência produzida a partir da Constituição de 1988 tem progressivamente se servido da teoria dos princípios, da ponderação de valores e da argumentação. A dignidade da pessoa humana começa a ganhar densidade jurídica e a servir de fundamento para decisões judiciais.

Ao lado dela, o princípio instrumental da razoabilidade funciona como a justa medida de aplicação de qualquer norma, tanto na ponderação feita entre princípios quanto na dosagem dos efeitos das regras.

IX. A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas

constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista. No Brasil, o discurso jurídico, para desfrutar de legitimidade histórica, precisa ter compromisso com a transformação das estruturas, a emancipação das pessoas, a tolerância política e o avanço social. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

No próximo capítulo, buscaremos abordar, através das jurisprudências adotadas pelo Supremo, aos olhos do Ministro Luz Edson Fachin, uma reflexão da hermenêutica constitucional concretista à jurisprudência dos direitos fundamentais.

3. UMA “NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL”

A partir da obra do Ministro Barroso, vamos analisar sobre o “Neoconstitucionalismo” a partir de uma interpretação “hermenêutica” ou “uma nova interpretação constitucional”, considerando princípios e regras como normas constitucionais.

Para tal, faremos uma leitura do artigo **“Quinze votos e uma reflexão: da hermenêutica constitucional concretista à jurisprudências dos direitos fundamentais”**, do Ministro Luiz Edson Fachin e da Doutora Christine Peter da Silva, onde os autores analisaram o transcurso de 15 (quinze) julgados do Supremo Tribunal Federal, desde a edição da Emenda Constitucional nº 45, através de um olhar hermenêutico voltado para a concretização dos direitos fundamentais, tendo o STF como uma Corte Suprema comprometida com a realidade e com o texto constitucional.

O autor apresenta dois postos para abordagem no artigo: primeiro, uma reflexão sobre a hermenêutica constitucional, como método concretizador dos direitos fundamentais e segundo, a reunião de decisões que pretendem contribuir, no sentimento hermenêutico, à construção da missão do STF, como ponte entre a norma constituição e os direitos fundamentais, relacionando-se à cidadania.

Para tal, o ministro fala da importância de relacionar direitos fundamentais com dignidade humana nessa transformação de texto constitucional em realidade constitucional, e da importância da reflexão acerca dos pressupostos da hermenêutica e dos vetores hermenêuticos que os conduziram nas decisões do Supremo, ou seja, o conhecimento dos caminhos percorridos, garantindo a proteção de direitos, através de hermenêutica e interpretação.

No tópico 2 do artigo, sobre a Hermenêutica Constitucional, o ministro explicando a interpretação, que é uma atividade intelectual, que toma o sentido do texto

normativo por uma realidade, possibilitando interpretar enunciados normativos, gerais e abstratos, em casos e situações concretas, como hermenêutica jurídica (FACHIN; SILVA, 2019).

Explica que, a interpretação constitucional, pode ser vista como um processo que busca o significado e a concretização da Constituição, na construção de um vetor hermenêutico legitimador que possa servir de parâmetro para todas as demais normais, para além de sua aplicação ou a resolução de um caso concreto. Segundo os autores, para o professor Richard Palmer, a hermenêutica “é o estudo da compreensão, constituindo-se, essencialmente, na tarefa de compreender textos” (FACHIN; SILVA, 2019).

O ministro Fachin organiza a hermenêutica na seguinte narrativa:

Assim, a hermenêutica tem como tarefa principal estabelecer parâmetros para a interpretação, fixando regras para a atividade interpretativo-concretizadora, a fim de que esta não seja realizada de acordo com a consciência de cada intérprete, permitindo o controle da atividade interpretativo-concretizadora, de forma a cobrar do intérprete o respeito a alguns princípios interpretativos fundamentais (pressupostos da interpretação constitucional), bem como possibilitando o cumprimento das normas constitucionais e a sua atualização histórica. Há, pois, possibilidades e notadamente limites. (FACHIN; SILVA, 2019).

3.1 “Hermenêutica” e “Interpretação Constitucional” no caso concreto

O Ministro traz, então, a primeira premissa hermenêutica: “de que uma interpretação tipicamente constitucional é aquela especialmente voltada para concretização dos direitos fundamentais”. Em suma, trazem maior carga de valoração, maiores dificuldades de racionalidade do processo hermenêutico, maior grau de liberdade do intérprete, metodologia mais complexa em relação às demais normais jurídicas (FACHIN; SILVA, 2019).

Um segunda premissa, é a de que, “deve-se investigar, refletir, praticar e experimentar práticas metodológicas de concretização de direitos fundamentais adequadas a nossa realidade” (...) e complementa: “A contextualização histórico cultural apresenta-se imprescindível para o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional adequada à concretização dos direitos fundamentais” (FACHIN; SILVA, 2019).

A terceira premissa, tem relação com o paradigma da dignidade humana, com o desenvolvimento da temática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, e com o exercício democrático do poder, observando-se os direitos fundamentais e a dignidade dos sujeitos atreladas a esses direitos, sejam eles políticos, público, ou quase-públicos.

O ministro fala, que há, na verdade, consenso sobre a fidelidade à Constituição, e respeito e consideração à linha histórica de pensamento e teóricas, preocupação com ideias já publicadas, teses já defendidas, e também com a segurança jurídica, bem como da transparências e legitimidade, e decorre sobre a importância da democracia, na liberdade, na igualdade, e na responsabilidade, a importância do sujeito na construção da história, e na preocupação dos detentores do poder política com os questionamentos e cobranças de uma sociedade informada, que não se arrasta somente por liberdade e igualdade, que não se constrói apenas na individualidade, mas também, nas relações que constitui, na coexistencialidade e na coletividade, tendo a dignidade humana como vetor de suas experiências pessoais e culturais.

No decorrer do artigo, o ministro Fachin fala da importância de se “olhar para a realidade brasileira”, e das necessidades e possibilidades de que a hermenêutica constitucional, “não se converta em fórmulas artificiais de retórica jurídica, e, sim, constitua-se em método comprometido em dar concretude às possibilidades de participação ativa no processo de concretização das normas constitucionais, nomeadamente aquelas dos direitos fundamentais (FACHIN; SILVA, 2019).

3.2 Precedentes no STF em casos de hermenêutica e interpretação

A seguir, o ministro Fachin apresenta precedentes no Supremo Tribunal Federal, sendo quinze decisões escolhidas, debatendo direitos fundamentais e com objetivo de demonstrar que a Emenda Constitucional nº 45/2004 propiciou possibilidades hermenêuticas, com relação à missão institucional do STF como Corte Suprema brasileira, “como jurisdição comprometida com a efetividade e concretização dos direitos fundamentais” (FACHIN; SILVA, 2019). São eles:

- a) **ADI 5.537**, que discutiu a obrigatoriedade de as escolas, públicas e privadas, promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular;
- b) **RE 580.252**, que cuidou da dignidade dos custodiados no sistema penitenciário brasileiro;
- c) **RE 587.970** sobre o direito à assistência social para estrangeiros;
- d) **ADC 41** sobre igualdade racial e respectiva política de ação afirmativa;
- e) **ADI 4.439** sobre ensino religioso nas escolas públicas;

- f) **ADI 5.543** sobre igualdade de gênero, sob a perspectiva da não discriminação de homens que fazem sexo com outros homens;
- g) **ADI 3.239** acerca dos direitos de cidadania e à propriedade das comunidades quilombolas;
- h) **ADI 4.275** acerca do direito à identidade civil de pessoas transgêneros, independentemente da cirurgia de transgenitalização;
- i) **RE 865.401** acerca da transparência e acesso à informação sobre dados da gestão pública;
- j) **ADI 5.794** sobre a obrigatoriedade ou facultatividade da contribuição sindical;
- k) **RE 888.815** sobre direito à educação familiar;
- l) **ADI 5.617** que cuidou da igualdade de gênero, sob a perspectiva do financiamento de campanha de candidatas mulheres;
- m) **ADPF 548** que cuidou do direito à liberdade de expressão e manifestação em universidades públicas em período eleitoral;
- n) **RE 1.058.333** sobre os efeitos do direito fundamental à maternidade sobre os certames público, especificamente sobre o adiamento do teste de esforço-físico;
- o) **MI 4.733** sobre a criminalização de práticas homofóbicas.

Dito isso, o ministro Fachin traz alguns trechos dos seus votos de relatoria própria em julgados do Supremo Tribunal Federal, que faremos algumas releituras, buscando identificar a “hermenêutica” e “interpretação constitucional” nos casos relatados, que de alguma forma, se relacionem com a “nova interpretação” baseada em “princípios” e “regras” que constituem normas, como da leitura do neoconstitucionalismo apresentada na obra do Ministro Barroso.

Na **ADI nº 5.357**, o ministro Fachin relata a atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, e fala da importância de “ver a responsabilidade pela alteridade compreendida como elemento estruturante da narrativa constitucional” (FACHIN; SILVA, 2019). No voto, o ministro destaca a democracia, a pluralidade, a igualdade, e o respeito ao **princípio da igualdade**.

O princípio fala da **moldura normativa**, que deve obedecer proteção aos direitos fundamentais e humanos às pessoas com deficiência, invocando ainda, a dignidade da

pessoa humana. Ressalta a importância do ensino inclusivo, valorizando o convívio com a diferença e do acolhimento, buscando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Com relação ao **RE 580.252**, o ministro ressalta a compreensão nos limites auto-impostos pelo ângulo da jurisdição constitucional, de que a Corte reconheça **o estado das coisas inconstitucional**, e em relação ao sistema carcerário do Brasil, as circunstâncias que violem a dignidade humana e todas as infrações aos direitos fundamentais, sugerindo que a pena pudesse observar uma dignidade jurídica, como modo de remição (FACHIN; SILVA, 2019).

No julgamento do **RE 587.970**, para o ministro Fachin, “sendo a assistência social um direito fundamental que não existe contraprestação, todos aqueles que preencham os requisitos previstos na legislação devem estar amparados pelo benefício, inclusive os estrangeiros residentes no Brasil” (FACHIN; SILVA, 2019). Para ele, há que observar o **princípio da universalidade** desse direito.

O Ministro cita, ainda em seus votos, a **ofensa ao texto constitucional**, à dignidade da pessoa humana, à isonomia e tratamento discriminatório da nacionalidade, a restrição da assistência social ao cidadão excluindo os estrangeiros residentes no país, para a concessão do benefício da prestação de assistência continuada.

No julgamento da **ADC 41**, que trata do direito à não discriminação por critério racial, com relação a reserva de vagas para afrodescendentes em concursos públicos federais, o ministro ressalta a proteção à discriminação, compreendida como a equiparação da raça a um status, e explica, “nos termos do Artigo I da Convenção para Eliminação da Discriminação Racial, deriva do uso da “raça” como um instrumento de regulação social (FACHIN; SILVA, 2019).

Na **ADI 4.439**, a discussão era sobre o **princípio da laicidade** e a controvérsia sobre a constitucionalidade do ensino religioso nas escolas públicas. Destaque-se o Artigo 19, I da CF/88 que veda à União, Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estabelecer cultos religiosos, e por ser a escola um espaço público, em contrapartida, o direito garantido no artigo 5º, VI, da liberdade de consciência e de crença, o livre exercício dos cultos religiosos, e a proteção aos locais de culto, a liberdade de divulgar sua religião ou crenças, individual ou coletivamente, em público e privado.

O ministro Fachin trata sobre o pluralismo, diferentes convicções e credos, e dos diferentes aprendizados a partir da diferença, onde a escola deve espelhar o pluralismo da sociedade brasileira, sendo um microcosmo “da participação de todas as religiões e também daqueles que livremente optaram por não ter nenhuma. A escola deve promover a

responsabilidade para com o outro que, como lembra Álvaro Ricardo de Souza Cruz, não se limita ao ateu ou ao religioso” (FACHIN; SILVA, 2019).

Com a discussão sobre o direito à não-discriminação pela opção sexual, no ato de doação de sangue, na **ADI nº 5.543**, “ganhou a dimensão de controvérsia constitucional sobre a igualdade em sua concepção material”. O ministro fala sobre a orientação sexual ou manifestação de identidade de gênero, sobre os casos de violência física e simbólica, a que diariamente se submete a população LGBT, e cita “muito sangue derramado em nome de preconceitos que não se sustentam”. Logo a seguir, o ministro fala da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), dos direitos da personalidade à luz da Constituição, dos direitos fundamentais, liberdade e igualdade (art. 5º, caput, CRFB), bem como da cláusula material de abertura prevista no parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição, e da violação de direitos fundamentais de grupos minoritários, por uma maioria, valendo-se de preconceito e discriminação. Por fim, sobre o **princípio constitucional da dignidade humana**, e outros como direito a igualdade, não condiz a proibição perpétua, ao se exigir o lapso temporal de 12 (doze) meses sem relações sexuais anteriores ao ato de doação de sangue (FACHIN; SILVA, 2019).

Na **ADI 3.239**, ao discutir o direito fundamental de propriedade aos remanescentes das comunidades quilombolas, trouxe à Suprema Corte Brasileira, “questão de reconhecer os direitos de cidadania”, o ministro cita em seu voto: “Assim, dentro de uma hermenêutica constitucionalmente adequada à interpretação e a aplicação de um direito fundamental, surge, pela vez primeira, na Constituição de 1988. O ministro explica que, não depreendo da redação do artigo 68 do ADCT a restrição do direito à titulação de propriedade apenas àqueles remanescentes de comunidades quilombolas que estiverem na posse mansa e pacífica da área na data da promulgação do texto constitucional” (BRASIL, 2019).

Ainda ressalta o respeito a posicionamentos em sentido contrário, e para o exercício, completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania, e ressalta a vitória do **DCT**, “contra um evidente racismo incrustado em nossa sociedade e recomposição histórica da dignidade dessas comunidades” destacando, que essas comunidades eram invisíveis no ordenamento jurídico, e somente a partir de 1988, essas comunidades passaram a se organizar, lutar por melhoria de vida e por seus direitos (FACHIN; SILVA, 2019).

No pedido de reconhecimento da identidade de gênero, da **ADI 4.275**, o pedido era para que fosse dada interpretação conforme a constituição, de modo a reconhecer aos transexuais, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil. A solução para a presente questão

jurídica, pauta pela filtragem da dignidade da pessoa humana e cláusula material de abertura prevista no parágrafo segundo do artigo 5º da CRFB (FACHIN; SILVA, 2019).

No seu voto, o ministro ressalta o direito a igualdade entre homens e mulheres (inciso IO, a inviolabilidade da intimidade, na vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, não se isolando os direitos humanos, **princípio** que rege inclusive as relações internacionais da República (Art. 4º, II, CRFB).

Ainda, com relação à dignidade humana, o ministro Fachin destaca:

O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, a educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão de associação”, como também registro a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, “O Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas.” (FACHIN; SILVA, 2019).

Tal reconhecimento traz implicações diretas para o caso dos autos. Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada.

No **RE 865.401**, a discussão em torno do art. 5º, inciso XXXIII, da CF e das normas de regência desse direito, pautado no **princípio da transparência** e do acesso às informações sobre dados da gestão pública de recursos, sobre a seguinte tese: “o parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente o direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, foram julgados os principais argumentos: transparência, disponibilidade da informação, e a informação pública, como elemento fundamental, para o respeito aos direitos humanos” (FACHIN; SILVA, 2019).

No julgado da **ADI nº 5.794**, com o tema da natureza jurídica da contribuição sindical, o debate era em torno da conformidade ou desconformidade constitucional, da alteração legislativa promovida pela reforma trabalhista, no que diz respeito à facultatividade do pagamento da contribuição sindical, o ministro Fachin, em voto divergente, aponta a Constituição de 1999 como precursora de novos tempos, no que tange ao direito sindical, principalmente, em virtude do **princípio da não intervenção** e não interferência do Estado na organização sindical (art. 8º, I, da CRFB) (FACHIN; SILVA, 2019).

Outra discussão levada ao Supremo Tribunal Federal foi a questão da educação domiciliar, **RE 888.815**, trazendo em debate elementos como a pluralidade, o direito fundamental das crianças e adolescentes ao convívio social e com a diversidade cultural, o direito à educação, e os **princípios do ensino** previsto no artigo 206 da CRFB. O ministro

destaca que, para além dos direitos educacionais, os direitos das crianças estão pautados no direitos humanos e liberdade fundamentais, **princípios consagrados** na Carta das Nações Unidas (FACHIN; SILVA, 2019).

Já na **ADI-5617**, tendo a discussão de igualdade de gênero na oportunidades iguais nas eleições para participação das mulheres, a questão da participação pública feminina, bem como a equacionalização das medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres, observou o **princípio da igualdade material**. Observou-se aqui, o **princípio da igualdade**, que veda tratamento discriminatório fundado em raça, sexo, cor da pele, ou qualquer outra diferenciação arbitrariamente considerada. O ministro traz em seu voto questões relacionadas à discriminação e gozo dos direitos humanos (FACHIN; SILVA, 2019).

Outra decisão que desafiou o Supremo Tribunal Federal foi a decisão sobre a liberdade de cátedra como manifestação da liberdade de expressão e do pensamento, na **ADPF nº 548**. Foram discutidos, direito à liberdade de expressão e lisura do processo eleitoral, pautados na igualdade entre candidatos pelos limites do uso da propaganda eleitoral. Nessa tema, observou-se o **princípio da proporcionalidade**, bem como “o poder de polícia” para inibir práticas ilegais, em contraponto à liberdade de expressão nas Unidades públicas, a pretexto de garantia da lei eleitoral. Pontos como democracia e Estado Democrático de Direito, preceitos fundamentais, diálogo e debate de ideais fizeram parte dessa discussão (FACHIN; SILVA, 2019).

Outro questionamento levado ao Supremo Tribunal Federal foi o **RE 1.058.333**, com o questionamento sobre a possibilidade de remarcação do teste de aptidão física, em concurso público, em face de gravidez de candidata, no momento de sua realização. Aqui observou-se os **princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** do art. 37 da CRFB. Buscou-se a igualdade, e o **princípio da isonomia** na interpretação constitucional, bem como a proteção constitucional no caso concreto (FACHIN; SILVA, 2019).

No mandado de Injunção nº 4.733, o questionamento era sobre a histórica omissão constitucional, ao considerar ilícitos penais as condutas homofóbicas, onde novamente discutiu-se os direitos humanos, os tratados internacionais sobre toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, incluindo, a de orientação sexual e de identidade de gênero. O ministro observa: “A questão de omissão legislativa, neste caso, estaria a indicar que o sofrimento, a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênera é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade”. E mais adiante: “Nada na Constituição autoriza a tolerar o sofrimento que a discriminação impõe: Toda pessoa tem o

direito de viver uma sociedade sem preconceitos. Toda pessoa deve ser protegida contra qualquer ato que atinja sua dignidade.” Foram discutidos temas como direito à igualdade, o dever de proteger a integridade do direito, discriminação, e livre expressão da sexualidade (FACHIN; SILVA, 2019).

O Ministro Fachin traz um pouso de conclusão em seu artigo, que casa com diversas premissas hermenêuticas, navegam em limites, possibilidades, trazem reflexões sobre práxis e filosofia, vida social e resposta normativa, buscas por pensamento reflexivo, diálogos e ideias.

Neste artigo que pretende saudar os quinze anos da Emenda Constitucional nº 45/2004, o ministro propõe uma análise constitucional, dos Direitos Fundamentais e da interpretação à luz da Constituição, trazendo importantes reflexões sobre hermenêutica e interpretação constitucional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A partir da obra do Ministro Barroso, sobre o “neoconstitucionalismo”, observou-se a importância dos princípios e regras como normas constitucionais, a partir da CF/88. Foram observados vários princípios, e analisados vários direitos, como liberdade, igualdade, individualidade, coletividade, direitos fundamentais, assistência social, entre outros.

Através destes julgados, foi possível observar na obra do Ministro Fachin a prática nos julgados do STF, “quinze votos e uma reflexão: da hermenêutica constitucional concretista a jurisprudência dos direitos fundamentais?”, e a conclusão, nas palavras do Ministro Fachin: “A interpretação constitucional, mais especificamente, apresenta-se como um processo que busca o significado e a concretização da Constituição, tendo em vista, não apenas a aplicação da resolução de um caso concreto, mas também a construção de um vetor hermenêutico legitimador que se constitui, em si mesmo, parâmetro para todas as demais normas do ordenamento jurídico” (FACHIN; SILVA, 2019).

A conclusão final é de que a interpretação Constitucional, amparada por regras e princípios, é uma importante ferramenta aliada no Neoconstitucionalismo, e busca a lealdade e a legitimidade no caso concreto, com vistas à concretização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, 1997

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)**, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro in Interesse Público - IP**, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 5, n. 19, maio-junho de 2003(Biblioteca Digital Fórum de Direito Público). Disponível em: Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003 (p 25-41).

BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos no novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, in **Temas de Direito Constitucional**, t. II. RJ: Editora Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239. Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico (DJe)**. 01.02.2019.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, 1997.

FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Christine Peter. **Quinze votos e uma reflexão: da hermenêutica constitucional concretista à jurisprudência dos direitos fundamentais. In: Dias Toffoli, Felipe Santa Cruz, André Godinho. (Org.). Emenda Constitucional nº 45/2004: 15 anos do novo Poder Judiciário 1. Ed. Brasília. OAB Editora, 2019, v. 1, p. 335-382.**

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 8191, maio, 2007.