

Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

A DIGNIDADE HUMANA COMO ALICERCE DO PROCESSO EVOLUTIVO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA ATUALIDADE

Enzo Jomaa Saldanha¹; Rafael da Silva Menezes²

^{1,2}UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS – MANAUS/AM

[enzojomaa15@gmail.com¹](mailto:enzojomaa15@gmail.com)

[afaelsmenezes@gmail.com²](mailto:afaelsmenezes@gmail.com)

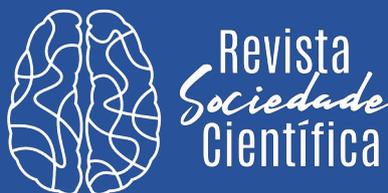
RESUMO

O presente trabalho examina o reconhecimento do princípio da dignidade humana enquanto base de outros direitos fundamentais, e a influência deste pensamento no processo evolutivo da interpretação jurídica. Como objetivo principal, pretende-se realizar uma análise da forma pela qual a jurisdição constitucional é desempenhada, destacando os desafios e implicações decorrentes dessa função. A pesquisa se baseia em abordagem teórico-conceitual e no estudo de decisões judiciais relevantes, pautadas, sobretudo, na evolução interpretativa do Direito. Os principais resultados indicam a inevitabilidade de uma postura mais abrangente do intérprete, para além da estrita legalidade, a fim de se manter o balanço entre a efetividade desses direitos e os ditames constitucionais.

Palavras-chave: dignidade humana; constitucionalismo; hermenêutica jurídica; intérprete.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico se propôs a discursar sobre como a evolução do processo interpretativo pós-positivista ocorreu sob a ótica da dignidade humana. Por meio de uma metodologia qualitativa, com análise de doutrinas, legislação e



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

jurisprudências, busca-se analisar a forma pela qual a jurisdição constitucional é desempenhada, destacando os desafios e implicações decorrentes dessa função

Ao longo da presente pesquisa, serão analisadas as abordagens teóricas que remodelaram o conceito de norma constitucional (esta enquanto gênero) e regras e princípios (estes enquanto espécies). Ademais, examina-se como tal questão tem se refletido na doutrina e na jurisprudência, inclusive em relação à interpretação e aplicação nos Tribunais - estes buscando garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais.

Para se atingir uma compreensão do objetivo geral, foram definidos quatro objetivos específicos. Primeiro, busca-se identificar as bases históricas e teóricas do constitucionalismo moderno, da jurisdição constitucional, e dos direitos fundamentais. Após, analisa-se a hermenêutica jurídica como nova fonte de Direito, capaz de limitá-lo e desenvolvê-lo por meio da razão e dos princípios morais e finalísticos consagrados na Constituição. Diante disso, demonstra-se como a aplicação das normas constitucionais variam com base na indissociável relação entre os planos fático e jurídico. Por fim, entende-se a importância da jurisdição constitucional, enquanto baluarte da dignidade humana.

Frise-se que o presente estudo não foi realizado com a intenção de esgotar um assunto da complexidade e profundidade que este efetivamente comporta, mas trazer para o debate algumas reflexões sobre o tema. Tem, também, o fito de contribuir com seu aprofundamento e reflexões junto à academia utilizando os conhecimentos advindos das pesquisas efetuadas.

2 DISCUSSÃO

2.1 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

As principais características do constitucionalismo moderno são o surgimento das primeiras constituições formais e escritas e a influência das revoluções liberais. Apesar de a ideia de um direito constitucional não ter se originado no século XX, é nele



em que se difunde através de Constituições normativas, em sua maior parte, desenvolvidas após a Segunda Grande Guerra, como normas contramajoritárias [11].

O constitucionalismo moderno, ou ainda constitucionalismo democrático, surge a partir de distintas bases filosóficas, sobretudo do modelo da França (1791) e dos Estados Unidos da América (1787). Nesse sentido, essas duas constituições servem de marco do início do constitucionalismo moderno. Ainda assim, percebe-se que há pontos de divergência entre a revolução francesa e a revolução americana em relação aos pressupostos teóricos.

Na França, predominou a declaração da liberdade em prejuízo de sua ordenação. Como resultado do espírito liberal iluminista da Revolução Francesa, a Constituição da França de 1791 restringiu substancialmente o exercício da função judiciária. Historicamente, sendo esta Constituição essencialmente político-organizacional, o controle constitucional sobre os atos dos outros Poderes foi inadmitido. Esse espírito, bem evidenciado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento culminante do Iluminismo, se traduziu em considerar que: *toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição* [12].

A revolução americana, por sua vez, marca não apenas o fim do período colonial, como institucionaliza os valores que culminaram na Independência dos Estados Unidos. Barroso [2] aduz que, em que pese o constitucionalismo francês ter inegavelmente influenciado o modelo atual, é o americano que se consolida como aquele mundialmente aceito.

A partir de então, estabeleceu-se um federalismo baseado em um sistema de freios e contrapesos, enfatizando a garantia dos direitos individuais e as liberdades civis. Contudo, é a partir do julgamento de *Marbury vs Madison* (1803) pela Suprema Corte Americana que o constitucionalismo americano se distancia dos demais, ao deixar de aplicar uma lei infraconstitucional em sede de controle difuso por considerá-la incompatível com a Lei Maior (BARROSO, 2018).



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

No sistema americano, entre as inovações institucionais importantes, estão a separação dos poderes como garantia de liberdade, a duplicação do Poder Legislativo como instrumento de absorção das tendências separatistas e, ainda, o fortalecimento institucional dado à Suprema Corte como elemento de equilíbrio. Por meio do princípio da supremacia da Constituição e do reconhecimento da legitimidade de se exercer o *judicial review*, o Judiciário se consolidou como guardião da ordem constitucional, sobretudo, através de seus Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes.

Outrossim, reconheceu-se a importância de, no contexto do constitucionalismo moderno, se "expandir" a norma constitucional, para ser um documento adaptável e longínquo - contanto que respeitados os seus limites e finalidades, conforme notou o chefe de justiça John Marshall em *McCulloch v. Maryland* (1819) "*that it is a constitution we are expounding*" [13].

Além de incorporarem valores e finalidades à ordem constitucional para além da estrutura político-procedimental do Estado, tais Constituições ganharam aplicabilidade direta e imediata. Ao explicar esse fenômeno, Nery [11] cita Peter Häberle afirmando que "a função da jurisdição constitucional consiste na limitação, racionalização, e controle de poder estatal e social, na proteção das minorias e dos débeis, e na reparação dos novos perigos para a dignidade humana".

Com efeito, o controle judicial de constitucionalidade e a aplicabilidade da Constituição, enquanto norma jurídica, pôde se tornar uma realidade. Seja na forma de interpretá-la – "expandindo-a", seja no controle de constitucionalidade, sob a égide da supremacia constitucional, os papéis das Cortes Constitucionais e dos Tribunais Constitucionais ganharam cada vez mais relevância. Ainda, as funções contramajoritária e representativa passaram a se destacar como reais concretizadores da dignidade humana.



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

Pode-se dizer que a Constituição passou a ser respeitada como um verdadeiro instrumento positivador de direitos e de garantias fundamentais - núcleos essenciais intransponíveis pelo Estado e pela sociedade, em todas as suas atividades e que, em conjunto com os demais pressupostos de validade de formal, estabelecem os limites substanciais e finalísticos a serem respeitados, desempenhados e concretizados.

2.2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ESTADO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como já exposto, até a segunda metade do Século XX, preponderava na teoria do Direito uma essência jurídica judicial de cunho estritamente neutral e apolítico, pautado em um construtivismo legalista e exclusivamente desempenhado pelo Parlamento, conforme ensina Paulo Bonavides [4].

A partir de então, percebe-se uma mudança não apenas quanto à concreta empregabilidade da norma constitucional, mas também quanto à legitimação do intérprete como outra fonte de Direito. A possibilidade de limitá-lo e desenvolvê-lo por meio da razão e dos princípios morais e finalísticos constitucionalmente valorizados marcam a transição conceitual *kelseniana* de Estado como Direito ao incorporar o individualismo e o abstencionismo do Estado Liberal à moral e à política [14].

Vale ressaltar que a idealização de um Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) não teve início com o Estado Democrático de Direito. *A priori*, aquele se constitui a partir do reconhecimento de a coletividade também ser detentora de direitos fundamentais, bem como da necessidade de se objetivar a justiça social. Isso, afirma Ricardo Quartim de Moraes [10] com base em Glória Regonini, (1983, p. 416), muito em decorrência do fortalecimento político da classe operária no final do Século XIX e do enfraquecimento da estrutura econômica liberal clássica, pretensamente autorregulável.

Assim, alinhado ao critério de transformação revolucionária do *status quo* de José Afonso da Silva [14] e Moraes [10], pode-se concluir pela originalidade do Estado



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

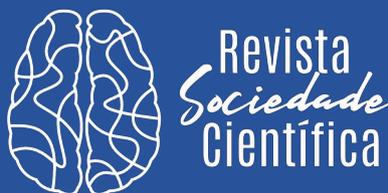
Democrático de Direito, já que não apenas aglutina os demais, mas os compõem de maneira única. Primeiro, por legitimar o Poder em uma democracia representativa, participativa e pluralista. Segundo, por vincular e objetivar na Lei Maior limites negativos e diretrizes positivas os quais, ulteriormente, promoverão a justiça social e a dignidade humana. Portanto, um Estado Constitucional de Direito e antecipador de mudança social; alterador do *status quo*.

O conceito de Estado desenhado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 está intimamente relacionado à evolução do constitucionalismo moderno. No âmbito prático, a Constituição de 1988, sob a influência da corrente pós-positivista, revolucionou a maneira como o Direito e a política se comunicam no Brasil.

Ao posicionar os direitos e garantias fundamentais no eixo central de seu arranjo normativo, dotados inclusive de plena eficácia normativa (artigo 5º, §1º, CF/88), atribuiu aos operadores do Direito a incontornável tarefa de também fazer parte dessa mudança. Contudo, ao mesmo tempo em que se desenvolve o conceito de Estado como um instrumento remediador das desigualdades políticas e das vulnerabilidades estruturais pretéritas, cria-se um paradoxo no qual as questões sociais mais sensíveis tendem a não ser decididas por quem possui a legitimidade democrática majoritária para tanto. Mesmo em face de tantas crises, a democracia progressivamente se consolidou desde então como a única maneira concebível de justificação e legitimação de Poder [15].

Não fosse por tantos entraves históricos, talvez não existisse no Brasil uma Constituição tão assecuratória quanto a atual. Não coincidentemente, os fundamentos democráticos de maior relevância foram salvaguardados logo em seu artigo 1º – interdependentes entre si. À vista disso, a jurisdição constitucional tem se consolidado como um dos verdadeiros instrumentos de proteção da dignidade humana.

Em que pese serem capazes de interferir nos atos dos outros Poderes, ou até mesmo de eventualmente assumirem suas funções, fazem-no e legitimam-se com base no próprio texto constitucional. Isso reforça a garantia da imunidade desses direitos a



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

atos comissivos ou omissivos, independentemente de atenderem às formalidades objetivas e subjetivas da lei.

Diante da evolução do conceito de Estado e da atual importância dada à jurisdição, refletir o Direito sob uma ótica humanista se demonstrou ao longo tempo indispensável ao preenchimento das lacunas e solução de conflitos entre normas. Sob a luz do constitucionalismo democrático e do pós-positivismo, a primazia pela garantia dos direitos humanos e fundamentais traduzem o espírito da Constituição de 1988.

No atual cenário, o jurista brasileiro Gilmar Mendes [8] consubstancia essas funções sobretudo a partir dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade sob a ótica da fraternidade, como forma de considerar o outro em suas peculiaridades e idiossincrasias, o que se revela um elemento chave na solução dos dissídios humanos atuais. Acerca da legitimidade da jurisdição constitucional para versar sobre questões políticas no âmbito judicial, Mendes aduz:

“Esse é o mais relevante papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição. Não há Estado de Direito, nem democracia, onde não haja proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais. O cumprimento dessa precípua tarefa por parte da Corte não tem o condão de interferir negativamente nas atividades do legislador democrático. Não há “judicialização da política” quando as “questões políticas” estão configuradas como verdadeiras “questões de direitos”. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, desde os primórdios da República” [8].

2.3 A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Dentre as mudanças do constitucionalismo moderno, a legitimação do intérprete como nova fonte de Direito certamente se atesta como a que mais impactou a atividade jurisdicional. Ao constituir valores e finalidades à essência do texto constitucional, e firmá-lo como o centro do sistema jurídico, o constitucionalismo contemporâneo



incumbiu à jurisdição constitucional a competência e a responsabilidade de lhe atribuir significado.

À medida que as normas constitucionais naturalmente possuem uma linguagem genérica, a tarefa do intérprete não é em nada facilitada. Ainda que seja exatamente isso o que garanta a longevidade de uma Constituição, a exemplo da americana, é também o que prejudica sua objetividade. Apesar da necessidade de uma argumentação propriamente fundamentada nos casos difíceis (*hard cases*), em que há um conflito entre os valores e finalidades lá sedimentados, a criação de um novo Direito a partir do sopesamento é inevitável.

Dada as contribuições de Ronald Dworkin [6] e Robert Alexy [1], a distinção entre os princípios e regras constitucionais, enquanto espécies do gênero norma, está pacificada na doutrina. Refletir e analisar sobre o modo em que são aplicados frente às constantes transmutações sociais que é a atual e irresoluta – quiçá infundável – missão do intérprete.

Apesar de naturalmente genéricas, as normas constitucionais podem ter maior conexão com o plano fático quando normatizadas. Assim, aplicadas de modo “tudo ou nada”, em que apenas caberá ao operador do Direito, mediante subsunção, enquadrar o fato à norma, com um mínimo grau de subjetividade – razão pela qual foram intituladas de “comandos definitivos” por Alexy. No entanto, o mesmo não pode ser dito quando normatizadas em princípios, por apenas poderem ser sopesadas, e não invalidadas [2].

Nesse sentido, Dworkin [6] assevera que a atividade jurisdicional deve ter como objetivo principal a busca pela consistência na aplicação e interpretação, de modo que o Direito seja compreendido como um só. Assim, conforme o autor, as decisões devem considerar não apenas as sentenças anteriores, como também observar todas as outras fontes legais em seu julgamento. Após identificar a forma com que esses princípios foram interpretados no passado, pode-se descobrir a maneira de aplicá-lo no presente e pavimentar o caminho para as futuras interpretações.



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

No conceito de princípios de Dworkin, a norma positivada é transcendida por um conjunto de valores morais e éticos integrados à Constituição. Servindo como verdadeiros critérios interpretativos, os princípios permitiriam ultrapassar a literalidade da norma para se construir um entendimento pautado na justiça social e na dignidade humana. Com isso, a evolução do sistema jurídico ocorreria a cada sentença proferida, relevando possíveis inovações.

Sob esta análise, não obstante, Dworkin destaca que a discricionariedade para a solução dos casos difíceis não se traduz uma licença para o arbítrio, em sim em um espaço de ponderação e interpretação dos princípios jurídicos. Assim, deve motivar a sua decisão com base na interpretação dos princípios constitucionais, buscando a solução que melhor os satisfaça dentro dos limites da coerência e da integridade do ordenamento jurídico [6].

Na concepção de Alexy, por outro lado, os princípios devem ser compreendidos como “mandamentos de otimização”. Desse modo, devem guiar a interpretação e a argumentação conforme os níveis em que possam ser satisfeitos de acordo com as situações fáticas e jurídicas (ALEXY, 2006, p. 90). Percebe-se que esta abordagem ressalta a relevância da moral na interpretação jurídica, particularmente quanto aos casos difíceis, ao dimensionar a importância de cada um dos princípios conflitantes, sob a perspectiva da dimensão ideal do Direito.

Sob esta ótica, assevera Barroso sobre a importância dos pensamentos de Alexy para a centralidade dos direitos fundamentais no Direito contemporâneo:

“A correção moral, ideia característica do pensamento de Alexy, se manifesta no mundo do Direito sob a forma de justiça. Em suas palavras textuais: “Quem afirma que algo é justo, afirma sempre, ao mesmo tempo, que é correto”. Nessa linha, Alexy refuta a ideia de Kelsen de que “qualquer conteúdo pode ser direito”, o que daria lugar à possibilidade de uma normatividade sem moralidade [...] Indo adiante, Alexy considera que extremamente injusto é tudo aquilo que



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

vulnera os direitos humanos básicos. E este mínimo de justiça tem validade universal”. (BARROSO, 2017)

A partir dos autores, a importância da forma pós-positivista de se perceber o Direito na proteção dos direitos fundamentais é nítida. Dworkin e Alexy forneceram uma teoria analítica sólida para a compreensão de como os juízes, através de sua margem de discricionariedade, desempenham um papel vital na manutenção da justiça social e da correção moral no constitucionalismo democrático.

As teorias desenvolvidas por ambos enfatizam a necessidade de uma atuação jurídica judicial fundamentada nos valores e objetivos constitucionais, intitulados de princípios, para a resolução dos casos difíceis. Em última análise, a preocupação com a melhor solução para o caso concreto busca, em última instância, combater a discricionariedade de julgadores e evitar o autoritarismo e a arbitrariedade.

2.4 OS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto, a valorização dos direitos fundamentais e a sua aplicabilidade enquanto princípios constitucionais estiveram intimamente relacionados à evolução do constitucionalismo. A princípio, estes se restringiam a estabelecer limites negativos, frente às liberdades civis e políticas do indivíduo. Passaram, posteriormente, a consubstanciar as diretrizes às quais os atos jurídicos devem ter conformidade.

É, destarte, de profunda importância à operação do Direito a análise dos limites externos e internos dos direitos fundamentais, bem como a forma pela qual o texto constitucional deve ser interpretado, haja vista comporem parcela significativa dessa atividade.

Friedrich Klein, conforme citado por Mendes [8], sustenta que, por lógica, a concepção de uma *restrição* propriamente dita a um direito fundamental é inconcebível, tão somente sendo possível compreender o conceito do *direito* em si. Indubitavelmente,



a noção de restrição parece indicar a presença de duas realidades distintas: o direito e a restrição.

Esta perspectiva, conhecida como teoria interna, preconiza não existir distinção entre o direito e as restrições ao seu exercício, pois compõem um objeto só: um direito definitivo de limites já pré-estabelecidos em abstrato. A teoria externa, por outro lado, pressupõe a dissociação entre ambos os conceitos de forma que, somente após a imposição de restrições, o direito *prima facie* se converte em um direito definitivo.

Mendes [8] assevera que a predominância de uma ou outra teoria em determinado sistema jurídico se fundamenta primordialmente na forma em que aqueles direitos são percebidos. Caso compreendidos como posições finais (regras), a teoria interna prepondera; caso como posições primárias (*prima facie*), a teoria externa prevalece. No Brasil, justamente por não serem considerados absolutos, os direitos fundamentais são abordados pela doutrina e pela jurisprudência como princípios, não obstante também poderem ser estruturalmente normatizados em regras.

Nesse sentido, Bobbio apenas estatui como um “valor absoluto” – válido em todas as situações e para todos os homens sem distinção – pouquíssimos direitos fundamentais. Estes se verificam muito raramente e exclusivamente nos casos em são universalmente aceitos, sem que concorram com nenhum outro. Na maioria dos casos, na realidade, se enfrentam sem que nenhum deles possa ser incondicionalmente protegido.

Nesse cenário, deve-se falar em direitos fundamentais não absolutos (ou relativos), por seu exercício encontrar na tutela de outro um limite intransponível. Tendo em vista o caráter inerentemente opinativo de se estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, definir o âmbito de um direito fundamental de uma vez por todas beira o impossível. (BOBBIO, 1992, p. 24)



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

Em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a jurisdição constitucional não pode se eximir de apreciar possíveis lesões ou ameaças a direitos fundamentais. Assim, é a partir do controle de constitucionalidade, legislativo ou judicial, dos limites ou restrições infligidas a um direito fundamental que se pode dimensionar a real extensão de sua proteção.

Na aplicação de direitos fundamentais, especialmente quando parecerem estar em conflito, primeiramente há de se verificar se aquele ato está contemplado no *âmbito de proteção* do direito fundamental. Isto é, delimitar não apenas o bem jurídico protegido, mas também as limitações e restrições contra as quais esse direito está salvaguardado – sejam elas internas ou externas. Uma compreensão inadequada desse âmbito pode fazer acreditar que determinada situação esteja por ele contemplada, quando em realidade foge de seu escopo – denominada de *conflito aparente*.

Exemplo disto foi o acórdão proferido pelo STF no HC 82.424, em que o autor e proprietário de uma editora foi condenado pelo crime de racismo por disseminar ideias antissemitas. Assim, considerados esses atos transgressões aos limites morais e jurídicos, não haveria que se falar em colisão de direitos fundamentais, haja vista a impossibilidade de se considerar um ato concomitantemente lícito e ilícito.

“As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.”



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

[**HC 82.424**, rel. min. Moreira Alves., red. do ac. min. Maurício Corrêa, j. 17-9-2003, P, *DJ* de 19-3-2004.]

Em uma sociedade pluralista, o direito à liberdade encontra em face de outros igualmente fundamentais um limite intransponível. Ao mesmo tempo em que o artigo 5º da Constituição de 1988 garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade desse direito, ela também criminaliza a prática de racismo. Além disso, determina que outras formas de manifestações discriminatórias sejam estabelecidas em lei.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XL I - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XL II - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

A inovação trazida pelo caso foi de reconhecer a apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica como crime de racismo – inafiançável e imprescritível. Além de serem considerados os diversos tratados que condenam essas práticas do qual o Brasil é signatário, muito se enfatizou a importância dos aspectos etimológicos, etnológicos, sociológicos, e antropológicos para a construção jurídico-constitucional do termo, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

De igual modo, decidiu-se na ADO nº 26 pela conformação das normas constitucionais supracitadas às práticas de homofobia e transfobia ao conceito de



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

racismo, ao reafirmar que essas manifestações não estão amparadas pelo manto constitucional da liberdade.

“O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade (...) O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele”. (STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020)

A eficácia dos direitos fundamentais, por certo, não deve ser confundida com sua efetividade. Uma norma pode ser eficaz, à medida em que vigente e válida, ainda que não produza efeitos práticos. À vista disso, Luiz Roberto Barroso [3] aborda o conceito de efetividade como sendo a "materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social".

Assim, os direitos fundamentais devem não apenas ser formalmente assegurados, mas também objeto de constante objetivação por parte do Estado e da sociedade, razão pela qual os papéis da jurisdição constitucional se demonstram primordiais à evolução interpretativa do Direito e à efetivação da dignidade humana.



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

Nesse sentido, dispõe o Min. Celso de Mello no MS 23.452 a respeito das funções de suas atribuições, enquanto guardião da Constituição.

“O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes”.

[**MS 23.452**, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-1999, P, *DJ* de 12-5-2000.]

= **RE 583.578 AgR**, rel. min. Ayres Britto, j. 31-8-2010, 2ª T, *DJE* de 22-10-2010

Em *conflitos autênticos*, por outro lado, o que classifica uma restrição ou limitação a um direito, ou garantia fundamental, como constitucional é, essencialmente, a deferência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e a preservação do núcleo essencial do direito. Em realidade, percebe-se que não apenas quando limitados ou restringidos, mas também quando conformados, complementados ou especificados, as restrições ou conformações aos direitos fundamentais devem, por necessidade, se balizar nos limites constitucionalmente delineados.

A mudança trazida pela hermenêutica pós-positivista fica evidente ao se considerar a própria concepção do que se compreende por interpretação e norma. Especificamente quanto à jurisdição constitucional, Barroso [3] assevera que a interpretação jurídica se configura como uma atividade de “concretização construtiva”. A compreensão atual, conforme o autor, é de que a atribuição de sentidos aos direitos fundamentais e às outras fontes reconhecidas pelo sistema jurídico, há de ser frente ao plano fático.



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

Nesse sentido, a norma jurídica deixaria de ser vista como um texto a ser interpretado, e passaria a ser considerada como o produto do processo interpretativo, razão pela qual o autor a configura como concretização construtiva. Concretizadora, pois, atribui significado à norma jurídica a partir de uma interação entre o caso, a norma e o intérprete – não se restringindo ao plano abstrato. Construtiva, porque cria interpretações que ultrapassam a literalidade expressa do texto.

Assim, nota Paulo Bonavides [4] quanto a interpretação das normas de direitos fundamentais:

“Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido público, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo inteligíveis”.

Tal questão se coaduna com a teoria da Constituição Aberta aos seus Intérpretes, proposta por Peter Häberle. O autor sustenta que a interpretação constitucional não deve ser um monopólio, mas um direito e dever a ser compartilhado por toda a sociedade. Se ela obriga a todos, Häberle defende que, por lógica, a todos cabe interpretá-la e construí-la.

Ao se possibilitar uma maior participação da sociedade e a efetiva inserção de seus valores e senso de justiça social na construção da jurisprudência constitucional, as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais estariam ampliando o âmbito da *res pública* e entre o Estado e o Particular [11].

Essa forma de jurisdição constitucional se revela ainda mais necessária em sede de controle de constitucionalidade, ou quando a interpretação da norma é utilizada como



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

uma forma de mutação constitucional – a exemplo do racismo. No constitucionalismo brasileiro, atualmente, permite-se uma ampla participação nesse processo interpretativo. Uma clara concretização do que o jurista define como a “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” [8].

2.5 O CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL E AS RESTRIÇÕES

Paulo Bonavides [4] estabelece, segundo a doutrina de Carl Schmitt, dois pressupostos de caracterização de direitos como fundamentais. Do aspecto formal, há dois: o primeiro, quanto a necessidade de serem nomeados e especificados na ordem constitucional; o segundo, de a eles serem conferidos garantias ou seguranças especiais. Na Constituição de 1988, isso fica claro nos artigos 5º, §§2º e 3º; e 60, §4º, respectivamente.

A partir do §2º, podem ser extraídas as três formas pelas quais os direitos e garantias fundamentais integram o ordenamento jurídico brasileiro: explicitamente, implicitamente e com base em tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. A contrario sensu, mesmo aqueles deduzidos logicamente a partir de regras ou princípios constitucionais, possuem previsão expressa.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Asseverando a importância dos direitos fundamentais para o constituinte, um mecanismo de equivalência às emendas constitucionais foi criado para os tratados sobre direitos humanos. Dessa forma, caso aprovados por três quintos dos votos dos respectivos membros, além de nomeadamente constitucionais, adquirem garantias especiais quanto à sua mutabilidade.



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

No artigo 60, §4º, os direitos e garantias individuais ganham condição de cláusula pétrea. Logo, não podem ter seu núcleo essencial desidratado, senão pelo rompimento com a ordem constitucional vigente, e a elaboração de uma nova. No que pese a literalidade do texto, o entendimento pela interpretação extensiva do termo “individuais” já foi consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, abarcando os direitos fundamentais como um todo.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

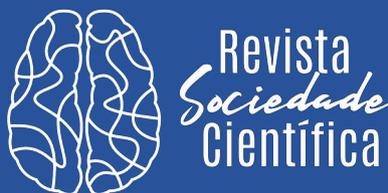
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

Do ponto de vista material, Schmitt também afirma que os direitos fundamentais “variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra”. No que se refere ao tema aqui exposto, fundamentar-se-iam, sobretudo, na defesa da soberania popular, sob a égide da democracia e da dignidade humana.

3 CONCLUSÃO

A preservação dos direitos fundamentais no constitucionalismo moderno esteve fortemente atrelada à jurisdição constitucional moderna desde meados do século XX. Ao se atribuir uma nova importância à aplicação das normas constitucionais, incumbiu-se aos operadores do Direito a responsabilidade de garantir não apenas a proteção dos



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

direitos individuais e coletivos, mas sua real concretização, promovendo, assim, a justiça social efetiva e a conformidade dos atos jurídicos e sociais aos princípios valorativos e finalísticos da Constituição.

Em face do exposto, reforça-se a imprescindibilidade da jurisdição constitucional para a concreta garantia dos direitos fundamentais, diante de uma sociedade de rápida transmutação. Mais notadamente, quando o fazem e se legitimam sob a égide da fraternidade, vis-à-vis eventuais ameaças ou danos às minorias e aos débeis. As transmutações sociais são constantes e a hermenêutica mostrou-se instrumento capaz de fornecer outras possibilidades jurídicas para a identificação e preenchimento de lacunas, além de solução de antinomias.

4 REFERÊNCIAS

- [1] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.
- [2] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.
- [3] BARROSO, Luís Roberto. **Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**. Fórum Administrativo [recurso eletrônico]: Direito Público. Belo Horizonte, v.17, n.200, out. 2017. Disponível: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/118896/Lu%c3%ads%20Roberto%20Barroso%20.pdf> > Acesso em: 17 jun 2023
- [4] BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- [5] CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **A judicialização da vida na visão do ministro Luís Roberto Barroso**. 11 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/patricia-perrone-judicializacao-vida-visao-roberto-barroso> . Acesso em: 20 jun. 2023.



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

- [6] DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- [7] MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- [8] MENDES, Gilmar Ferreira. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em:
https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf.
Acesso em: 20 jun 2023.
- [9] MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. **STF entre seus papéis contramajoritário e representativo**. 2013. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>. Acesso em: 20 jun 2023.
- [10] MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. Revista de Informação Legislativa, ano 51, n. 204, out./dez. 2014.
- [11] NERY JUNIOR, Nelson. **Direito constitucional brasileiro: curso completo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.
- [12] ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:
<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 07 jun. 2023. Acesso em: 08 jun 2023
- [13] SANDALOW, Terrance. **Constitutional Interpretation**. Michigan Law Review, v. 79, p. 1033-1072, 1981. Disponível em:
<https://repository.law.umich.edu/articles/452/>. Acesso em: 09 jun 2023.
- [14] SILVA, J. A. da. **O estado democrático de direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, 1988. Disponível em:
<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920>. Acesso em 20 jun 2023



Publicado em 05 de agosto de 2023
REVISTA SOCIEDADE CIENTÍFICA, VOLUME 6, NÚMERO 1, ANO 2023

[15] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 108, p. 651-696, 2013/11/22.