

O QUE (AINDA) É UMA CONSTITUIÇÃO?

Sérgio Souza Botelho¹

RESUMO: O conceito e a intelecção de uma Constituição são questões ainda não pacíficas na civilização. Frente a um estado atual de crise, assolado por uma pandemia, a pergunta retorna: o que é uma Constituição? A partir de uma pesquisa exploratória e de uma técnica qualitativa, com viés bibliográfico, visa-se fornecer bases para a resposta a esta questão. Para tanto, Raul Gustavo Ferreyra, Karl Loewenstein, Konrad Hesse e Peter Häberle foram os principais autores utilizados, dentre outros, como respaldo teórico. Ao cabo, conclui-se que a Constituição principia e termina nos direitos fundamentais, sendo o meio para realização gregária, democrática e pacífica destes direitos em uma civilização que possui a marca do conflito como um dos motes do seu retrocesso e de sua evolução.

Palavras-chave: Constituição. Sentido. Interpretação.

¿QUÉ ES (TODAVÍA) UNA CONSTITUCIÓN?

RESUMEN: El concepto y la intelección de una Constitución aún no son temas pacíficos en la civilización. Ante el actual estado de crisis, plagado de una pandemia, vuelve la pregunta: ¿qué es una Constitución? A partir de una investigación exploratoria y una técnica cualitativa, con sesgo bibliográfico, pretendemos proporcionar las bases para la respuesta a esta pregunta. A eso, Raúl Gustavo Ferreyra, Karl Loewenstein, Konrad Hesse y Peter Häberle fueron los principales autores utilizados, entre otros, como soporte teórico. Al final, se concluye que la Constitución comienza y termina con los derechos fundamentales, siendo el medio para la realización gregaria, democrática y pacífica de los mismos en una civilización que tiene la impronta del conflicto como uno de los motivos de su revés e evolución.

Palabras clave: Constitución. Sentido. Interpretación.

1. INTRODUÇÃO

As constituições não podem ser impostas aos indivíduos tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las.
HUMBOLDT, Wilhelm.

Iniciamos este trabalho durante um mês que marca, historicamente, a luta das mulheres por igualdade material, liberdade e, acima de tudo, respeito. Não obstante, em um Brasil

¹ Aluno regularmente inscrito no programa de Doutorado da Universidade de Buenos Aires. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito Constitucional Aplicado. Pós-graduando em Direito, Inovação e Tecnologia. Analista do Governo do Estado de Mato Grosso. Professor do Centro Universitário Unicathedral.

assolado por um agravamento funesto da pandemia, o período igualmente restará lembrado pela atuação do Supremo Tribunal Federal - STF, corte judicial máxima do país. Isto porque, após cerca de 02 (dois) anos da confirmação da condenação em segunda instância e prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o STF, por meio de uma decisão monocrática do ministro Luiz Édson Fachin, decidiu anular todas as decisões tomadas pela 13ª Vara Federal de Curitiba (PR) nas ações penais contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, provenientes da conhecida operação policial Lava-Jato, com fundamento na incompetência daquele foro.

Pretório Excelso que, posteriormente, aos 23/03/2021, por meio de sua Segunda Turma, reconheceu a parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro na condenação de Lula no caso Triplex, no bojo do *Habeas Corpus* n. 164493.

Neste último, diante das provas coligidas no processo, consigne-se que parte da comunidade jurídica aventa, inclusive, uma suposta ação estratégica entre membros do Ministério Público e juiz, cogitando-se de uma *lawfare*, como uma possível utilização do ordenamento jurídico pelos agentes do sistema de justiça em prol de objetivos específicos, a mercê de uma suposta ação lúdima, incluindo a persecução penal.

Vale registrar que este mesmo Tribunal Superior, há algum tempo, revisou sua tese sobre o princípio constitucional da não culpabilidade e permitiu que o citado político fosse preso, que permanecesse de tal maneira e se tornasse inelegível ao pleito eleitoral de 2018, que culminou com a vitória de Jair Messias Bolsonaro.

Some-se a isto um contexto de pandemia, no qual a população tem se visto à mercê da falta de consenso político e de interesses escusos de governantes, o que, além dos milhares de perdas humanas e prejuízos econômicos, abalam profundamente o estado federal e a democracia no Brasil.

Assim é que, relatos à parte, distante de opiniões ou filiações político-partidárias, o presente trabalho, em pleno século XXI, foca-se, partindo-se de tal pano de fundo fático atual, na busca de uma alternativa à questão já levantada por Ferdinand Lassalle, em meados do século XIX.

Logo, diante de idas e vindas a respeito da interpretação constitucional, em tempos em que a falta de um olhar epistemológico tem cobrado um alto preço, sob os escombros de um

globo assombrado por um agente invisível e de resultados que jamais serão olvidados, afinal, ainda se pergunta: o que é mesmo uma constituição²?

2. PROLEGÔMENOS

Dadas as limitações e o breve intuito deste trabalho, sem descuro de sua experiência prévia, como a hebraica e a grega em tempos remotos, demarquemos, arbitrária e basicamente, uma análise a partir daquilo que conhecemos ocidentalmente como “constituição”, sobretudo a partir do séc. XVIII em diante. Ainda, não se olvida que se trata de um conceito em crise há muito, o que exemplifica, ao tempo em que também se enriquece, por uma grande sorte de sentidos dados ao mesmo, a depender do critério adotado.

De todo modo, acostumou-se a denominar de *constitucionalismo* o movimento que, a partir dos documentos celebrizados em tal século, como a Constituição norte-americana de 1787, precedida por uma série de estatutos ímpares, como a Declaração de Virgínia, de 1776, posteriormente levado à Europa, a exemplo da Constituição de 1791 da França pós-revolução, pregava a limitação do poder estatal, bem como a declaração e a garantia de direitos individuais.

É certo que alguns autores marcam o início de tal época no século XIII (1215), quando os barões ingleses impuseram a João Sem-Terra a Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*). Contudo, assim como outros instrumentos congêneres, em verdade, não se tratava de uma real declaração de direitos e conformação estatal, mas de uma solução a respeito do domínio estatal de acordo com as estruturas feudais, uma espécie de arranjo para governabilidade.

Em suma, no *constitucionalismo* trata-se de buscar limites para aqueles que detêm e exercem o poder em uma comunidade, tarefa que granjeou os seguintes elementos fundamentais irreduzíveis a uma constituição, segundo Loewenstein (1976, p. 154): diferenciação das tarefas estatais e sua atribuição a órgãos distintos; mecanismos de estabelecimento de cooperação entre os detentores do poder e que evite o bloqueio da ação de um pelo outro; meios de alteração da Constituição para adequá-la às mudanças sociopolíticas; e o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais.

Não obstante, não desconsideramos que, sob outros pontos de vista e em outros tempos, constituições já existiam em outras nações. Com efeito, pois, “todos os países possuem,

²Neste texto, se adota a orientação de Uadi Lammego Bulos, para quem o vocábulo “constituição” apenas deve ser grafado com inicial maiúscula quando se referir ao uma ordem constitucional positiva específica.

possuíram sempre, em todos os momentos da sua história, uma constituição real e efetiva”, o que se convencionou a denominar conceito histórico-universal de constituição. (CANOTILHO, 1993, p. 56).

Desse modo, cumpre registrar que, etimologicamente, o termo “constituição” vem do Latim *constitutio*, que designa uma condição definida, o ato de estabelecer, regulamentação, ordem e de *constituere*, “estabelecer, colocar em pé, arranjar”, formado por *com*, intensificativo, mais *statuere*, “colocar em pé”. Traz, portanto, a ideia de um conjunto de características de um corpo quanto à sua estrutura biológica; compleição (corporal), física.

É também o que se denota de seu conceito no campo do Direito, a tratar da “Lei fundamental que rege a organização político-jurídica do país (Constituição Federal) ou de um Estado-membro (Constituição Estadual)”, apresentado pelo Supremo Tribunal Federal. É, assim, a maneira de ser de um Estado, em regra, vertida em um documento escrito solene e que goza de supremacia no ordenamento jurídico estatal.

Ferreira pontua que o verbete “constituição” possui um importante significado político, revelando de um lado o processo de construção política do Estado e, de outro, estruturando as bases de todo o seu edifício jurídico-normativo. Por tal razão, o mestre argentino reconhece à constituição características distintas das demais normas do ordenamento jurídico, tais quais: primazia, hierarquia, elasticidade, abertura, unidade, coerência, soberania, organização, identidade, vinculação. (2019, ps. 211ss.).

São estas características, inclusive, que a fazem objeto de uma interpretação constitucional, portanto, fruto de uma hermenêutica própria, tal qual para onde convergem os princípios da unidade, do efeito integrador, da máxima efetividade, da conformidade constitucional, da concordância prática, da força normativa, da interpretação conforme a Constituição.

É assim que, na análise da Constituição da Nação Argentina, Ferreira trata de um verdadeiro “Sistema da Constituição Federal”, a açambarcar as normas constantes da Constituição Federal, aquelas provenientes do Direito Internacional dos Direitos Humanos – DIDH, e as normas excepcionais geradas pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina – CSJN*.

Temos aqui uma semelhança ao Bloco de Constitucionalidade, que no Brasil, à luz do Supremo Tribunal Federal, é composto pelas normas plasmadas na Constituição da República,

pelas normas extravagantes contida nas Emendas Constitucionais³ e pelos 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, que são equivalentes às emendas constitucionais, vide art. 5º, § 3º, do Texto Basilar.⁴

Vale ainda, *data venia*, cogitar como parte desse bloco, sob uma vertente material e *lato sensu*, as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes editadas pelo STF, os Recursos Extraordinários repetitivos e os incidentes de assunção de competência julgados por ele, já que todos estes instrumentos são dotados do *binding effect* em relação ao Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta (caráter vertical vinculante), no que diz respeito à interpretação de matéria constitucional neles obrada. Isto é, igualmente dizem o que se entende por constituição em tais casos.

Porém, ainda que, tendo esses últimos como parâmetro, não caiba o controle concentrado de constitucionalidade, para a garantia da observância dos mesmos caberá a reclamação diretamente no Supremo Tribunal Federal, desde que esgotadas as instâncias ordinárias, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição Federal, além dos arts. 988ss. do Código de Processo Civil.

Aqui, mais especificamente, utilizamos um aspecto essencialmente jurídico, tomada a constituição como esse conjunto de características estruturais de um Estado. Porém, evidentemente, a constituição pode ser concebida em uma série de sentidos e muitos deles combinados entre si. Assim, as concepções da Constituição levam em consideração pontos de partida diversos para a análise de uma só ideia: o que é uma constituição.

3. CONCEPÇÕES CLÁSSICAS

³Ao contrário do que se pensa em geral, as Emendas à Constituição - EC não apenas alteram o próprio texto constitucional, como também costumam trazer disposições próprias a par dele, com *status* constitucional. Exemplo prático e clássico disso é o art. 6º da EC nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que prevê uma regra de aposentadoria mais vantajosa e aplicada temporalmente, em sua maioria, aos servidores públicos a ele submetidos. Mais recentemente, temos o exemplo da EC n. 106/2020, que institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia.

⁴Frise-se que, apesar de o STF adotar a dualista moderada nessa área, que credita uma supralegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados sem o rito especial das EC, há posicionamentos de ministros da corte que seguem a teoria monista. Vide: HC 178527, Relator: Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, Processo eletrônico DJe-255 Divulg 21-10-2020 Public 22-10-2020; ADI 6327 MC-Ref, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2020, Processo eletrônico DJe-154 Divulg 18-06-2020 Public 19-06-2020.

Notadamente, alguns significados a respeito do que é a constituição foram celebrizados historicamente, a exemplo daquele imprimido por Ferdinand Lassale durante clássica palestra, ministrada em meados do séc. XIX, quando claramente evidenciou o embate entre a realidade e a ficção jurídica. O autor, a partir de uma visão sociológica, procurou demonstrar que a constituição nada mais era do que a soma dos fatores reais de poder de dado Estado, que seria vertida em norma *mater* deste Estado.

Assim, caso o disposto no texto escrito constitucional não mais correspondesse aos poderes fáticos que regiam a sociedade, tais quais o econômico, o político, o militar etc., a constituição passaria a uma mera folha de papel, pois o que regeria o Estado, em verdade, seria a realidade prática do exercício do poder.

Logo, Lassale (2005, p. 21) exemplificava que a monarquia (“um rei a quem obedecem o Exército e os canhões”), os aristocratas, os banqueiros, os militares e a burguesia, seriam parte da Constituição, já que possuíam o poder de fato que caracterizava e influenciava o próprio funcionamento do Estado.

Tal visão, embora esteja predominada pela observação da realidade que subjaz um Estado, não esgota o conceito de constituição, embora faça parte dele, e, em um tom pessimista, relega a constituição à condição de mero atestado dos interesses de quem opera os processos de poder, negando-lhe a força normativa de transformar a própria realidade e seu *status quo*.

Por seu turno, já no séc. XX, Carl Schmitt, sobrelevava o sentido político da constituição, quando a identificava como a *decisão política fundamental*, sobre a forma e a unidade política estatais. Fincava suas bases em um aspecto material de constituição, concebendo-a como aquelas normas que tratavam dos direitos individuais, da vida democrática, dos órgãos do Estado e da organização do poder. As demais normas seriam denominadas leis constitucionais.

A concepção *schmittiana* abre margem a uma classificação das constituições em formais e materiais, no sentido de que, ainda que estivessem no corpo de uma constituição escrita, aquelas normas que não tratassem diretamente sobre a decisão política fundamental seriam meramente leis constitucionais. Isto também nos permitiria pensar em uma classificação das constituições com base no critério de sua alteração, já que, a decisão política fundamental deveria apresentar critérios de reforma constitucional mais herméticos do que as leis constitucionais.

Ainda no século XX, Hans Kelsen registrava sua marca no Direito ao conceber a constituição no sentido jurídico, analisando-a sob os aspectos lógico-jurídico e jurídico-

positivo. Aqui temos a norma fundamental hipotética não positiva (lógico-jurídico) que embasa a constituição (jurídico-positivo), como primeiro ato legislativo não obediente a uma norma de Direito positivo. Kelsen também fornecia elementos para uma distinção entre a Constituição formal e a material, porém as diferenciava sobre os critérios para sua criação e reforma (*apud* BONAVIDES, 2007, p. 82).

Jellinek se aproxima do conceito jurídico-positivo *kelseniano* ao pregar que todo Estado necessita de uma constituição, quando, ao diferenciar formal e materialmente uma constituição (escrita), indica que esta última teria como conteúdo os princípios da organização do Estado e de sua competência, como os fundamentos que reconhecem direito aos cidadãos (1954, p. 402). Ainda assim, o autor admite a existência de leis de caráter supremo, e internamente atribuídas de um *status* constitucional, em Estados como a Inglaterra e a Turquia.

Nesse ponto, é relevante perceber o distanciamento entre a moral e o Direito, debate ainda hoje muito polêmico, o que é atenuado no neoconstitucionalismo. Cabe registrar que mesmo Sieyès, no século XVIII, já sustentava que em toda nação livre, e toda nação deveria ser livre, o povo teria o direito fazer a sua constituição, porém ancorada na moral, que para ele deveria presidir todas as relações que ligam os humanos entre si, tanto ao seu interesse particular, quanto ao seu interesse comum ou social (2021).

4. OUTRAS CONCEPÇÕES

A partir dessas concepções clássicas e dos vislumbres por elas proporcionados, podemos identificar outros sentidos agregadores e contemporâneos para uma ideia de constituição. Invariavelmente, observa-se que se relacionam estreitamente, em algum ponto, com a teoria tridimensional de Miguel Reale, segundo a qual o Direito é norma, fato e valor, assim como, com o pluralismo de Bidart Campos, para quem o Direito Constitucional se via pela ótica normativa, pela realidade existencial e pelo eixo axiológico, consistindo a constituição na conjugação entre realidade e dever ser. (*apud* FERREYRA, p. 209).

Por seu turno, Konrad Hesse, partindo de um embate à posição de Lassale, preceitua que a constituição é mais do que simplesmente refletir as condições fáticas de sua vigência, em especial as forças sociais e políticas. Não se deveria abandonar a normatividade em favor das relações fáticas e tampouco ostentar uma normatividade alheia à realidade, pois a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. As condições históricas,

naturais, técnicas, econômicas, sociais e espirituais (o que inclui o substrato valorativo), ou seja, todo um contexto importa à sua pretensão de eficácia.

No ensejo, convém salientar que, para além de um texto jurídico, a Constituição revela um estágio de desenvolvimento cultural e meio de auto representação de um povo, um espelho de sua herança cultural e uma base para suas novas esperanças. (HABERLE, 2002).

Para Hesse, há um estado de constante tensão, pois “Constituição real e Constituição jurídica estão em uma relação de coordenação. Elas se condicionam mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra”. (1999, p. 15).

Assim, a Constituição jurídica, além de expressão de dada realidade, tem o condão de ordenar e conformar essa mesma realidade política e social. Possui eficácia, a qual não deve ceder, *a priori*, quando em conflito com a realidade, pois há pressupostos realizáveis a assegurar sua força normativa.

Para tanto, deve existir uma “vontade de Constituição” na consciência geral, para além de uma consciência de poder, que se baseie na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa e inquebrantável, que proteja o próprio Estado do arbítrio, sendo mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que pressupõe o concurso da vontade humana. Isso porque a eficácia normativa constitucional é otimizada pela maior correspondência do conteúdo da constituição ao presente, bem como pela prática do respeito e pela “vontade de constituição”. (HESSE, 1999, p. 19).

Assim, a inobservância de preceitos constitucionais pelas autoridades constituídas, possui um nefasto caráter progressivo de enfraquecer a força normativa e a vontade de constituição no ideário popular. É o que pode ser verificado no Brasil atual, quando os três Poderes, constantemente, além de alterar o entendimento sobre a inteligência dos preceitos constitucionais, muitas vezes, no afã de observá-lo com interpretações próprias, em verdade, violam-nos na prática.

Durante os momentos de crises é que as Constituições (jurídicas) são testadas, de fato, não devendo ser tomadas aprioristicamente como o lado mais fraco no embate com a constituição real.

Interessante registrar a concepção de uma constituição plástica, por Raul Machado Horta, no sentido de que as normas constitucionais sejam maleáveis para adequação às situações concretas do cotidiano e, assim, à evolução social. (*apud* BULOS, 2015, p. 107).

As técnicas de textos constitucionais que sob cláusulas gerais, conceitos indeterminados e normas de eficácia limitada exemplificam tal constituição, cuja maleabilidade

nada se relaciona ao processo de reforma constitucional literal, mas sim à mutação constitucional, ou seja, ao poder difuso constituinte e à capacidade de diálogo e resiliência do texto normativo com a realidade fática.

Registre-se que essa correspondência entre a constituição real e a jurídica também foi fruto de estudo por Karl Loewenstein (1976, ps. 216ss.). Propriamente, em vez de analisar o conteúdo das constituições, o autor alemão lançou mão de um critério ontológico para classificar as constituições conforme a concordância de suas normas com a realidade do processo de poder. Logicamente, sob tal critério, não bastaria o estudo da constituição jurídica, mas seria necessária a análise da realidade do exercício do poder em dado Estado.

Ou seja, na prática, a constituição lograria êxito, desde que aprovada pelo povo, fosse efetivamente cumprida por aqueles que exercessem o poder.

Assim, a *constituição normativa* mais comum na Europa ocidental é aquela cujo processo de poder a ela se submete, isto é, há uma colmatação entre a realidade e as normas constitucionais.

Por outro lado, *nominal* seria a constituição na qual, embora juridicamente válida, o exercício do poder na prática não corresponde às suas normas, ou seja, a constituição real não se coaduna com a constituição jurídica. Segundo o autor, tal aspecto constitucional seria mais observado na América Latina, África e Ásia, diante da menor experiência constitucional de seus Estados.

Por último, tem-se a *constituição semântica*, que em vez de limitar o poder, presta-se apenas a estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos do poder político, como exemplificam as constituições de regimes totalitários.

Logo, a “vontade de constituição”, canonizada por Hesse e também evidenciada por Loewenstein, é fundamental que seja efetiva no ideário popular e nos governantes, sob pena de a erosão da consciência constitucional chegar ao extremo de solapar o Estado Democrático de Direito. É que a falta de representatividade e de confiança naqueles que exercem o poder estatal, a tergiversação destes sobre o cumprimento das normas constitucionais e a falta de sua concretude na vida diária do povo imprime risco não apenas à eficácia constitucional, mas à própria democracia, abrindo caminho ao arbítrio dos detentores do poder.

No ponto, corre-se o risco não apenas de virem a lume constituições antidemocráticas e ascenderem regimes autoritários, mas de ameaças veladas a direitos fundamentais, constitucionalização de meros interesse aristocráticos ou plutocráticos.

Nesse sentido, Hild Krüger censura as *substituições* ou *constituições substitucionais*, que são aquelas que, ao demonstrar preocupações momentâneas, trazem o maior número possível de assuntos constitucionalizados, podendo-se vislumbrar uma constituição econômica, uma constituição social etc. Da mesma forma, seria de se rechaçar, em tal conjuntura, a ideia de constituição como estatuto de poder em uma deturpação da concepção de Georges Burdeau. (*Apud* BULOS, 2015, p. 110).

É aqui também que a constituição suave (dúctil) de Zagrebelsky possui conexão, quando não se está a pregar preceitos irrealizáveis e demagógicos, mas diante da pluralidade sociopolítica e democrática que sustenta, age pela coexistência e compromisso, em uma visão política inclusiva e integracionista, lastreada por uma rede dos valores e procedimentos comunicativos. (2016, p. 15).

Nesse rumo, vale considerar que o que se espera é que uma sociofagia virtuosa reverta em prol de uma sociopoiese, na qual a deglutição dos vícios sociais derivados do vezo da humanidade engendre as bases para uma convivência salutar consagrada no texto constitucional, tendo em conta o aspecto do ser humano em relação, em detrimento de uma concorrência social.

Isso porque o conflito é parte da relação social que, horizontalizada, diferentemente das relações familiares, tem no próprio indivíduo a necessidade de confrontar a si mesmo e ser responsável pela ressignificação da liberdade, igualdade e justiça. Tais valores, outrossim relacionais, são resultados de conquistas e processos coletivos sem os quais não haveriam de ser reconhecidos e aperfeiçoados, pois apenas se fala em igualdade e liberdade porque o ser humano não é um ser isolado.

E, no sentido desse esforço virtuoso, é erigindo a fraternidade como eixo de uma reflexão político-filosófica, para além de uma simples caridade, tratando o conflito como uma contradição canalizável, que podemos vislumbrar sociedade e indivíduo como relação, tal qual preconiza Enrique Del Percio (2015). Some-se a isto o olhar regionalizado, que considere as especificidades de cada Estado diante de seu contexto peculiar.

A fraternidade, assim, para Del Percio (2018), está ligada à questão do reconhecimento nos seguintes aspectos: concreto e imediato (que envolve família, amigos, grupos primário); o universal e abstrato (campo do direito e que privilegia uma certa filosofia política e jurídica); e o universal e concreto (eticidade); intimamente relacionado com esse, embora o supere criticamente, o universal situado de que fala o filósofo Mario Casalla.

Tem-se, em verdade, um pressuposto de uma democracia efetiva e real, tendente ao equilíbrio e à justiça sociais, já que democracia demanda poder popular, donde anseios minoritários e majoritários são ouvidos, respeitados e considerados.

Outrossim, com base na democracia substancial, Ferrajoli (2012) trata do constitucionalismo garantista como sistema jurídico, teoria do Direito e como filosofia política, que concebe que “a constituição é um projeto normativo em grande medida não implementado e que o futuro da democracia depende do desempenho máximo de sua normatividade (sempre parcial e imperfeito)”.

E é também sob a inspiração democrática que Peter Häberle identifica a constituição como um *processo público*, documento pluralista e aberto que é, obra de variados partícipes, para além do Poder Judiciário, como o próprio legislador, que atuam na interpretação constitucional. Mais do que isso, já que “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”, portanto, a interpretação constitucional não seria um evento exclusivamente estatal e diz respeito a todos. (2002, p. 15).

Desse modo, Häberle, para quem não há norma, senão norma interpretada, leciona (2002, p. 34):

Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente.

Nesse campo, a indagação do que é uma constituição atinge seu próprio intérprete. Noutras palavras: quem dirá o que é uma constituição?

A contribuição de Häberle aponta para uma construção democrática nesse *iter*, para além de uma exclusividade estatal. A democracia avança além de um caráter meramente de direito político ativo, a ser utilizado eleitoralmente, para que o povo também seja um elemento pluralista para a interpretação legitimadora no processo constitucional, como expressão do próprio fundamento constitucional da cidadania.⁵

⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a cidadania;

(...)

A proposta de Roberto Gargarella (2015) é similar, quando preconiza que os conflitos acerca da lei e as questões interpretativas fundamentais devem ser decididas coletivamente, por meio do diálogo democrático. No mesmo caminho, se encontra a teoria dos diálogos institucionais, já visitada pelo STF na ADI 5105, e presente em solo canadense, onde a própria estrutura institucional e a contínua tradição dialógica estabelecida entre os Poderes propiciam uma solução mais consensual e democrática acerca dos conflitos de inconstitucionalidade.

Em tal caso, a decisão da Corte não significa a última palavra, mas uma palavra provisória e, sob este viés, a ideia de diálogo consistiria em abrir espaço depois da decisão judicial para respostas pelo Legislativo. (CLÈVE e LORENZETTO, 2015).

Registre-se, ao cabo, que a constituição *crowdsourcing* da Islândia, como modelo materializado por meio de plataformas online, que pode contar com a robustez de uma *blockchain*, abre caminho para uma democracia líquida conformadora da constituição. É aqui que se percebem as portas de uma democracia líquida, fluída pelo uso da internet e das redes sociais, municiada por um *big data*.

Cremos que tal senda se vê fortalecida pelo incremento digital, que, ganhando força em um cenário atual de isolamento social e diante de um claro dissenso entre as nações frente à pandemia, escora-se na revolução 4.0, cujo combustível são os dados e a inteligência artificial, a permitirem futuramente, com os devidos cuidados, uma Constituição cada vez mais voltada às necessidades e aos aspectos regionais de cada sociedade-Estado e, assim, que seja mais edificante e ontologicamente normativa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, logicamente, a maioria dessas concepções pressupõe a realidade dos fatos (constituição real) e a constituição jurídica. Não se desconhece, por exemplo, as concepções de uma constituição compromissória, instrumental, culturalista, estruturalista, marxista ou mesmo a concepção dirigente de Canotilho.

Algumas com mais acerto, outras com menos (se assim se puder dizer), mas todas, no fundo, observam-se a partir de um conjunto de forças que se concertam e se equilibram para uma possibilidade de convívio social presente e futuro. No fundo, diante de um permanente estado de conflito e tensão entre realidade e ficção, colocados os interesses particulares abaixo dos coletivos, a tolerância, a alteridade e o seu respeito pelo povo, e por parte dos agentes estatais, é que será o suporte maior da resistibilidade e concepção da constituição.

Ademais, a segurança jurídica, consubstanciada no respeito e vivência, por todos à constituição, somada à sua conformação ontológica à realidade apresentada, presente e futura, já que ela aponta direção, é que repercute e potencializa sua força normativa. A prática constitucional é diuturna e, para isso, a vontade de constituição deve povoar o espírito de todos (seus intérpretes). A Constituição não é uma quimera, ela deve ser vivida e praticada.

O equilíbrio entre o “ser” e o “dever ser” é fundamental, ainda que não se descure do embate de forças reais de poder, sob pena de o traje não passar de um disfarce.

Assim, tal qual um diagnóstico médico, a constituição não se esgota mediante uma simples radiografia, da qual se vê, a bem da verdade, parte de seus aspectos. Mas, para um aprofundamento, há a necessidade de estudos que reflitam o seu passado, o seu contexto e apontem para o futuro.

Destarte, conclui-se que os direitos fundamentais são o início, o meio e o fim da Constituição e de sua interpretação. Estão em sua gênese e delimitam o próprio conceito de constituição e de Estado. O sentido hodierno de constituição não pode prescindir do predicado democrático (substancial), pois ela é aquela que não apenas reconhece a dignidade da pessoa humana, mas a protege e a fomenta em concreto.

Parte disso, é se estabelecer o indivíduo e a coletividade como criadores indiretos da norma e destinatários dela, que são, cada vez mais, em um processo público de interpretação constitucional em uma sociedade aberta. Do mesmo modo, o diálogo, como tônica da democracia, como agir comunicativo, deve existir na interpretação constitucional, posto que o conflito está na base do mundo, de modo que as rodadas interpretativas entre os Poderes instituídos pela constituição buscam legitimar e dotar de uma maior correção a atividade interpretativa constitucional.

Essa concepção parece reconhecer a dificuldade prática de um constitucionalismo global.

E tal qual um sistema autopoietico de Luhmann, ela própria se alimenta e se aperfeiçoa acerca de seu conteúdo, a partir da práxis a ela devotada. É um organismo vivo que se alimenta da busca pela realização da justiça efetiva e do bem-estar da comunidade.

Assim, a constituição vai além de refletir a soma dos fatores reais de poder, sendo mais do que uma decisão política fundamental e rara de um povo. É um instrumento de realização e aperfeiçoamento do convívio humano, em que a democracia como processo comunicativo de convivência se impõe.

Não é um anteparo a um estado de barbárie, tampouco uma mera reprodução da justiça como a lei do mais forte ou de um *status quo* dos fatores reais de poder. Hoje, não se concebe falar em constituição sem democracia, sem transparência, sem justiça, sem proporcionalidade, sem equilíbrio, sem controle social e sem força normativa. A constituição não é corporativista, mas fruto de um processo coletivo que foi responsável pela afirmação histórica dos direitos individuais como ínsitos ao ser humano.

Logo, o bem público exige que o interesse comum da sociedade se mantenha livre de parcialidade e a constituição deve ser um concerto que visa buscar um ponto de equilíbrio para reger uma sociedade eternamente conflituosa.

A constituição é aberta ao tempo, ao espaço e aos destinatários, não sendo fossilizada no embate geracional, promovendo o diálogo entre as várias gerações a que a ela se submetem.

Mas tudo isso há de ser vivido, com um espírito constitucional coletivamente assentado, que force a observância de uma decisão rara de um povo, que deve ser tomada por representantes legítimos e sem vícios de decoro, de interesses pessoais ou corporativistas, que proteja a democracia constitucional de demagogias e interesses escusos manipulatórios. Ela sim, fruto de um consenso razoável popular, e tomada por votação democrática, é que fundamenta toda e qualquer autoridade.

No Brasil, principalmente, espera-se que a Corte Constitucional, sobretudo mediante um constrangimento epistemológico, adote efetivamente uma leitura democrática na interpretação constitucional, que envolva o diálogo necessário com a sociedade, para além de um *aricus curiar*, e com os demais Poderes para a interpretação e argumentação mais correta possível sobre o que se diz ser a constituição.

Que se perquiria, democraticamente, um estado de coisas que, quanto mais objetivamente balizado for, garanta o equilíbrio entre as forças reais de poder e aponte para a realização da dignidade humana e da coletividade.

Tal processo poderá/deverá ser impulsionado pelas novas tecnologias que diagnostiquem a realidade dos Estados, que incluam a vontade popular em um debate racional e, a partir de um *big data* cada vez mais preciso, esteja apto a fornecer elementos para as bases de sua sustentação e colaborar no vislumbre de horizontes a serem trilhados na realização virtuosa e holística da civilização.

Ademais, tratando-se particularmente do Brasil, convenhamos que não se descure de um grave problema de representatividade que possuímos, o qual remonta a tempos da fundação do Estado, e que, ainda que a natureza humana seja a mesma, acreditemos na virtude que poderá

ser elogiada e perseguida, efetivamente, por meio de reformas estruturais nas políticas públicas constitucionais, principalmente, para esse intento específico, na educação e no sistema político brasileiro, reforçado o controle social.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 105/2019, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008, Decreto Legislativo nº 261/2015 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 164493. Rel. Min. Edson Fachin. Ata nº 7, de 23/03/2021. DJE nº 61, divulgada em 30 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 5105. Relator: Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015. Processo eletrônico DJe-049 - divulg 15-03-2016 public 16-03-2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

CONSTITUIÇÃO. *In*: MICHAELIS, **Dicionário da Língua Portuguesa On Line**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?id=q1zw>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

DEL PERCIO, Enrique. **Fraternidad, Conflicto y Realismo Político: Claves Para Pensar la Integración desde América Latina**. Disponível em: <<http://rd.udb.edu.sv:8080/jspui/bitstream/11715/857/1/1-fraternidad-conflicto-y-realismo-politico.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

_____. **Motivaciones Políticas y Sociales del Renovado Interés por la Filosofía de la Liberación y Otras Concepciones Afines**. Tendencias sociales. Revista de Sociología, 1 (2018). Facultad de Ciencias Políticas y Sociología Universidad Nacional de Educación a Distancia.

FERRAJOLLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

FERREYRA, Raul Gustavo. **Fundamentos Constitucionales**. 2 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2019.

GARGARELLA, Roberto. **La Interpretación e el Diálogo Democrático**. Disponível em: <https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/84169/CONICET_Digital_Nro.10551279-0861-4eaa-a1fa-fee6c890804c_B.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso: 09 mar. 2021.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. F. de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1954.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Campinas: Minelli, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?** Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/O%20QUE%20E%20O%20TERCEIRO%20ESTAD%20Sieyes.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madri: Trotta, 2016.