

O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA: ELEMENTOS GARANTIDORES DA CONSTITUIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

THE DEMOCRATIC PRINCIPLE AND THE OPEN CONSTITUCIONAL INTERPRETATION: GUARANTEE ELEMENST OF THE BRAZILIAN LEGAL CONSTITUTION

Daniel Pacheco Pontes^{*}

João Pedro Silvestrini^{**}

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira^{***}

RESUMO

As razões para o desenvolvimento do presente trabalho fundam-se em uma pesquisa acerca da relação entre o princípio democrático, desenvolvido por J. J. Gomes Canotilho, e a técnica de hermenêutica constitucional trabalhada por Peter Häberle, acerca da interpretação constitucional aberta, como sendo elementos harmônicos e garantidores da Constituição Jurídica brasileira de 1988. O objetivo pretendido é a discussão referente ao condicionamento da força normativa da constituição jurídica, de nosso país, para com procedimentos de interpretação constitucional mais amplos e pluralistas. Entendemos que os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes. Todavia, é notório que nossa contemporaneidade apresenta, cada vez mais, técnicas de interpretações típicas de uma sociedade fechada, acarretando, desta maneira, na proteção de instituições políticas em contrapartida da sociedade. Assim, técnicas de interpretação constitucional estritamente cerradas à sociedade, acarretam em verdadeiro declínio ao Estado de direito, ocasionando, desta forma, na incompatibilidade da Constituição jurídica

^{*} Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP. Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP, da UNAERP, da Faculdade de Campinas – FACAMP e do Centro Universitário Barão de Mauá de Ribeirão Preto/SP. Advogado. E-mail: dppontes@usp.br

^{**} Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Professor de Direito do Centro Universitário Estácio Ribeirão Preto. Advogado. E-mail: joaopedrosilvestrini@hotmail.com

^{***} Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor de Direito Constitucional da graduação e do programa de Mestrado em Direito da UNAERP. Procurador do Estado de São Paulo. Árbitro. E-mail: olavoferreira@hotmail.com

com a Constituição real. Para tanto, será empregado o método dedutivo, baseado em estudos na doutrina clássica, concluindo que o princípio democrático e os procedimentos abertos de interpretação possuem estrita relação com a afinidade entre a Constituição jurídica e a Constituição real de nossa sociedade.

Palavras-Chave: Princípio democrático. Interpretação Constitucional Aberta. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The reasons for the development of the present work are based on a research about the relationship between the democratic principle developed by JJ Gomes Canotilho and the technique of constitutional hermeneutics elaborated by Peter Häberle on the open constitutional interpretation as harmonic elements and guarantors of the Brazilian juridical constitution of 1988. The objective is the discussion regarding the conditioning of the normative force of the juridical constitution of our country towards broader and more pluralistic procedures of constitutional interpretation. We understand that fundamental rights are part of the basis of democratic legitimacy for open interpretation, both as regards the outcome and as regards the circle of participants. However, it is notorious that our contemporaneity presents, more and more, techniques of interpretations typical of a closed society, thus causing, in this way, the protection of political institutions in counterpart of society. Thus, techniques of constitutional interpretation strictly closed to society, bring about a true decline to the rule of law, thus leading to the incompatibility of the legal Constitution with the actual Constitution. In order to do so, the deductive method will be used, based on studies in classical doctrine, concluding that the democratic principle and the open procedures of interpretation have a strict relation with the affinity between the legal Constitution and the real Constitution of our society.

Keywords: Democratic Principle. Open Constitutional Interpretation. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O processo de positivação dos direitos fundamentais possui primícias na Idade Média, vez que alguns documentos jurídicos, ainda que de modo fragmentário e com significados equívocos, reconheceram direitos como à vida, à integridade física, à propriedade, da

inviolabilidade do domicílio, dentre outros¹. Por sua vez, na Idade Moderna, houve diversas formas de abusos contra direitos fundamentais por parte de governos soberanos².

Na Inglaterra, onde esse fenômeno é percebido mais claramente, foi através dos trabalhos de Edward Coke que se produziu maiores resultados. Coke ampliou campo de liberdades consagrado na Magna Carta, como uma formulação de direitos de liberdades para todos os cidadãos. O trabalho de Edward Coke serviu de ponto de partida para os documentos que se seguiram: *Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689. Essa tendência inglesa acaba por influenciar sua colônia, os Estados Unidos das Américas, no que se seguiram as declarações americanas, nova etapa do processo de positivação dos direitos fundamentais³.

Utilizada pela primeira vez na Constituição Alemã de 1848⁴, a expressão direito fundamental consiste, numa concepção tradicional, na proteção das pessoas de uma determinada sociedade contra a influência e a ação do poder do Estado⁵. Segundo Reinhold Zippelius, “a função dos direitos fundamentais consiste em proteger um espaço de liberdade individual contra a ingerência do poder do Estado e contra a sua expansão totalitária”⁶. Isto é, os direitos fundamentais correspondem à “direitos subjetivos públicos, que traduzem situação jurídica em face do Estado. Seriam, pois, pretensões que se instauram entre os indivíduos e o Estado”⁷.

Configuram-se como direitos constitucionais, já que correspondem em direitos fundamentados no princípio da soberania popular, e, estão previstos no texto constitucional em decorrência de vontade do poder constituinte, sendo inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis e imprescritíveis.

As características básicas consagradas pelo constitucionalismo moderno, as de a existência de uma constituição escrita, de um poder constituinte constituído pelo povo, e a

¹ NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. 2007. 179 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2007. p. 40.

² FERREIRA, Olavo A. V. A. **Sistema Constitucional de Crises: restrições a direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2009. p. 34.

³ NAKAHIRA, Ricardo, *op. cit.*, p. 41.

⁴ Deve-se ressaltar que a declaração dos direitos fundamentais dos alemães foi elaborada em 1848 e posteriormente incorporada à Constituição em 1849.

⁵ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Direitos Fundamentais: Efetividade Mediante Afirmção da Supremacia do Interesse Público**. 2012. 189 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2012. p. 59.

⁶ **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 419.

⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch, *op. cit.*, p. 63.

presença da separação dos poderes prevista por Montesquieu, foram um marco inicial à limitação dos poderes do Estado, com fins individuais e coletivos.

A inauguração simbólica e o marco inicial da modernidade podem ser situados no tempo na aprovação dos notórios documentos revolucionários do século XVIII: os norte-americanos Declaration of Independence (1776) e Bill of Rights (1791), e o francês Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789). Seu encerramento simbólico foi situado na queda do muro de Berlim, em 1989. Nesse meio tempo, os direitos naturais proclamados pelas declarações do século XVIII transformaram-se em direitos humanos, seu escopo e jurisdição expandiu-se da França e dos Estados Unidos para toda a humanidade e seus legisladores ampliaram-se das assembleias revolucionárias para a comunidade internacional⁸.

Tais documentos traduziram a vontade geral por meio de ideias revolucionárias, as quais acarretaram uma inauguração simbólica na qual os direitos humanos foram colocados pela primeira vez no papel. A independência dos Estados Unidos foi decorrente, não somente, de uma crescente luta contra tributos excessivos impostos pela Inglaterra, mas também com a opressão e restrição de liberdade provenientes deste fato. Enquanto na França, ocorria algo parecido, no que tangia a imposição de novos tributos por imposições abusivas do poder por reis e no cerceamento da liberdade dos cidadãos.

Assim, inspiradas nos pensamentos da Revolução Americana e nos ideais iluministas, a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789, proclama em seus 17 artigos as noções de liberdade e direitos fundamentais do homem de forma efetiva e eficaz. Dentre os pontos analisados na constituição americana observou-se pontos como a vida, liberdade, felicidade (liberalismo econômico) e federalismo, e, na francesa, os principais pontos foram a liberdade, igualdade, propriedade, segurança e resistência à opressão.

Ou seja, ambas destacavam na concepção do constitucionalismo liberal, os seguintes valores: individualismo, absenteísmo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo. Porém, “o objetivo dos documentos norte-americanos era legitimar a independência política da Grã-Bretanha ao passo que o do francês era depor a ordem social do ancien régime”⁹.

⁸ DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 99.

⁹ *Id.*, *Ibid.*, p. 101.

Com as Constituições do México, de 1917, e a de Weimar, de 1919, inaugura-se a era das Constituições interventivas em matéria social, uma vez que os referidos textos constitucionais promoveram extensa regulamentação de matérias atinentes às relações jurídico-privadas¹⁰.

Em nossa Carta Magna, parte dos direitos fundamentais encontram-se no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), expressos do artigo 5º ao 17, sendo estes os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, os Direitos Sociais, os Direitos de Nacionalidade, os Direitos Políticos e os Partidos Políticos. Esta lista, contudo, não é exaustiva, uma vez que existem outros direitos fundamentais decorrentes de princípios constitucionais, como os de tratados internacionais que o Brasil tiver adesão¹¹, ou mesmo outros direitos fundamentais como o direito ao meio ambiente saudável, ao princípio da anterioridade tributária, dentre outros.

Portanto, há três espécies de Direitos Fundamentais: (a) os Direitos Fundamentais expressos; (b) os Direitos Fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição (também chamados de “implícitos”); e (c) os Direitos Fundamentais decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário¹².

1. A TEORIA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Consoante Alexy, a definição do conceito de norma de direito fundamental pode ser exposta em três níveis¹³.

No primeiro, o conceito de norma de direito fundamental é definido com fulcro em enunciados normativos estatuídos por uma determinada autoridade, ou seja, o legislador constituinte¹⁴. Tais enunciados são identificados com base em critérios meramente formais, segundo a forma de sua positivação. Isto garante uma orientação da teoria dos direitos fundamentais realizada a partir de sua positivação pela Constituição alemã, sem excluir, embora, as devidas diferenciações estruturais e substanciais.

¹⁰ NAKAHIRA, Ricardo, *op. cit.*, p. 41.

¹¹ Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

¹² MEINBERG, Marcio Ortiz. **Direitos Fundamentais e Mutação Constitucional**. 2014. 140 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2014. p. 88.

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 76.

¹⁴ *Id.*, *Ibid.*, p. 76.

Em um segundo nível, das normas de direitos fundamentais atribuídas, é dada continuidade a esta orientação, uma vez que o conceito de norma de direito fundamental atribuída é vinculado à correção da atribuição a disposições dotadas de autoridades¹⁵. Ou seja, qualquer um pode, a respeito de qualquer norma, declarar que esta deve ser atribuída a disposições de direitos fundamentais.

Por fim, num terceiro nível, a definição baseada no conceito de fundamentação correta é generalizada, e passa a valer tanto para as normas estabelecidas diretamente quanto para as normas atribuídas¹⁶.

Entretanto, esta teoria da norma de direito fundamental encontra um contraponto na teoria da norma desenvolvida por Friedrich Müller. Müller informa que o enunciado central de sua teoria consiste na tese da “não-identidade entre norma e texto normativo”, na qual este exprime que uma norma jurídica é mais que texto, pois o texto normativo expressa o programa da norma, entendido normalmente como comando jurídico¹⁷.

O positivismo adotado por Alexy, como um “porto seguro”, é a oposição à teoria de Friedrich Müller, que acreditava à norma jurídica precisa ser mais que o texto, pois o texto normativo é apenas um programa de normas, sendo a realidade social a estrutura básica das normas, abarcando tanto o que se regula e o que há de ser regulado, tanto que ele a denomina como “teoria estrutural pós-positivista da norma jurídica”¹⁸.

Segundo Müller, existem âmbitos, seja o material e o normativo, o material carrega a conformidade social e individual de proteção a determinados direitos, sendo projetados no âmbito normativo, pelo qual há o reconhecimento constitucional daquelas matérias que são prescritas em normas de direito fundamental¹⁹.

O objetivo de Müller aproxima-se ao de Alexy, pois seu modelo estruturalista visa estabelecer um modelo racional o suficiente para basear aquilo que se chama de normas de direitos fundamentais, para tal mister se desenvolvem, no caso de Muller, três etapas, o programa da norma, o âmbito da norma e, finalmente, norma de decisão. Isto é, ambos os modelos tentam

¹⁵ *Id.*, *Ibid.*, p. 76 – 77.

¹⁶ *Id.*, *Ibid.*, p. 77.

¹⁷ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 77.

¹⁸ *Id.*, *Ibid.*, p. 77 – 78.

¹⁹ *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

traçar diretrizes esquematizadas o suficiente para dar segurança jurídica daquilo que se compreende norma de direito fundamental, mas se divergem sobre o ponto de partida de cada análise, pela particularidade de cada esquema²⁰.

Alexy²¹ parte do comando normativo legal para compreender se aquilo de fato corresponde a uma norma, enquanto Müller parte de uma situação anterior ao próprio texto normativo, o âmbito material da sociedade.

As normas atribuídas fazem com que fique claro o papel decisivo da argumentação referida aos direitos fundamentais na resposta da questão sobre o que seria válido no âmbito dos direitos fundamentais.

2. O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Considerada como a epítome dos momentos fundamentais do princípio democrático, a fórmula de *Lincoln*, “governo do povo, pelo povo e para o povo”, na contemporaneidade, é denominada como sinônimo de um sistema de justificação positivo da democracia²².

O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um método ou técnica de os governantes escolherem os governados, pois, como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade²³.

O princípio democrático, igualmente ao princípio do estado de direito, corresponde à uma norma jurídica e constitucional que agrega dimensões materiais e organizativo-procedimentais

O referido princípio, compreende os postulados mais significativos da teoria democrática representativa, na medida que é composto por órgãos representativos, pelas eleições

²⁰ *Id.*, *Ibid.*, loc. cit.

²¹ *Id.*, *Ibid.*, loc. cit.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 287.

²³ *Id.*, *Ibid.*, p. 288.

periódicas, pelo pluralismo partidário e, principalmente, pela separação dos poderes²⁴. Esta regra implica na chamada “democracia participativa”, em decorrência da estruturação de processos que disponibiliza aos membros de uma determinada sociedade reais expectativas de assimilar a democracia.

Outrora, também possibilita aos cidadãos a participação em certos processos de decisão, auxiliando o exercício do controle crítico na divergência de opiniões destes, acarretando a formação de um viés político e democrático²⁵.

O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um processo de continuidade transpessoal, irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e *activa*, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social²⁶.

Nessa perspectiva, interpretam-se os preceitos constitucionais os quais determinam na transformação da República em uma sociedade justa, solidária e livre, para a prática da democracia econômica, social e cultural, com o intuito de promover o bem estar e a qualidade de vida de um povo, bem como a igualdade material e formal entre eles.

Ademais, “tal como são um elemento constitutivo do estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático”²⁷.

A função democrática dos direitos fundamentais: (a) corresponde a uma contribuição de todos da sociedade, para seu exercício (com fulcro no princípio da isonomia e da participação política); (b) implica na garantia de liberdades como o direito de associação, de formação de partidos políticos, por exemplo; (c) institui um processo político de criação de direitos sociais, econômicos, e culturais²⁸. Pois bem, feita análise do princípio democrático com base na fórmula de *Lincoln*, resta discussão acerca da justificação negativa deste preceito.

²⁴ *Id.*, *Ibid.*, p. 288.

²⁵ *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁶ *Id.*, *Ibid.*, p. 289.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 290.

²⁸ *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

A justificação da democracia em termos negativos e basicamente procedimentais, pretende por em relevo que a essência da democracia consiste na estruturação de mecanismos de seleção dos governantes e, concomitantemente, de mecanismos de limitação prática do poder, visando criar, desenvolver e proteger instituições políticas adequadas e eficazes para um governo sem as tentações de tirania. As modalidades de destituição dos dirigentes e de revogação de mandatos e cargos políticos assumem aqui um papel constitutivo e organizador da ordem constitucional democrático. Tão ou mais importantes que os procedimentos eleitorais legitimadores são os procedimentos constitucionais deslegitimadores tendentes a possibilitar o afastamento dos titulares de cargos políticos (*impeachment*, *recall*, responsabilidade política, destituição, moção de censura)²⁹.

A correta compreensão do princípio democrático visa limitar os mandatos de cargos eletivos, como também objetiva a capacidade de resposta do sistema constitucional à corrupção política.

3. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL SEGUNDO PETER HÄBERLE

É notório que o processo de interpretação constitucional consiste em técnica típica de uma sociedade fechada, uma vez que apenas participam deste os intérpretes jurídicos vinculados às corporações, aos órgãos estatais ou aos participantes formais diretos do processo constitucional³⁰.

Há, em nossa sociedade, uma “fixação da interpretação constitucional nos órgãos oficiais, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais”³¹.

Contudo, não é viável o estabelecimento de um rol cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição, e sim o oposto, pois no processo de interpretação constitucional vinculam-se todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os

²⁹ *Id.*, *Ibid.*, p. 291 – 292.

³⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997. p. 13.

³¹ *Id.*, *Ibid.*, p. 24.

cidadãos e grupos³². “Os critérios de interpretação constitucional hão de ser mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”³³.

Tanto o cidadão que formula um determinado recurso constitucional, quanto um partido político que propõe um conflito entre órgãos, são considerados intérpretes das Constituições de suas respectivas sociedades. Somente com a caracterização de uma sociedade aberta, haverá em nossa sociedade uma democratização da interpretação constitucional. A teoria da interpretação deve ser analisada sob a influência da teoria democrática.

Assim, não é concebível realizar qualquer interpretação da Carta Fundamental sem a presença ativa dos cidadãos, bem como das potências públicas mencionadas. Reitera-se a concepção de que este procedimento “não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático”³⁴, mas sim de uma atividade que condiz a todos. A unidade da Constituição decorre da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes, revelando-se verdadeiro declínio e auto engodo ao se restringir a hermenêutica constitucional exclusivamente aos intérpretes corporativos, ou ao Estado em sentido estrito³⁵.

Por conseguinte, estariam legitimados ao processo de interpretação constitucional todas as forças pluralistas da sociedade, pois a Carta Magna, além de estruturar o Estado, dispõe principalmente sobre a organização da própria sociedade, não sendo possível, portanto, discorrer sobre as forças sociais e privadas como meros objetos³⁶. Vale ressaltar que se traduz como um direito da cidadania a competência objetiva do indivíduo para com a interpretação constitucional, pois os direitos fundamentais consistem na base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes³⁷.

O acesso à cidadania corresponde no principal poder-dever do Estado Democrático de Direito, que ocorre pela efetivação dos direitos fundamentais³⁸.

³² *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

³³ *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁴ *Id.*, *Ibid.*, p. 23.

³⁵ *Id.*, *Ibid.*, p. 32 – 34.

³⁶ HÄBERLE, Peter, *op. cit.*, p. 33.

³⁷ *Id.*, *Ibid.*, p. 37.

³⁸ SILVA, Juvêncio Borges(coord); LEHFELD, Lucas de Souza (coord). **Constituição, Cidadania e a Concretização dos Direitos Coletivos**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 17. NEME, Eliana Franco; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Direitos Fundamentais e Federação na História Constitucional Brasileira. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto/SP, a. XXIII, v. 27, n. 3, p. 207-223, Set./Dez. 2018.

O Estado Democrático de Direito visa solucionar eventuais imprecisões, ambiguidades e insuficiências transformadoras do Estado Social de Direito³⁹. Objetiva a renovação com justiça da realidade social, mediante a efetivação dos direitos fundamentais e da defesa ampla e irrestrita aos direitos individuais e coletivos⁴⁰.

Como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal deve fundamentar suas decisões nos direitos e garantias fundamentais e nos preceitos constitucionais elementares e inerentes ao Estado Democrático de Direito, nos termos dos artigos 1º e 102 da Lei Suprema de 1988. Conforme exigência expressa da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, incisos I e III, compete ao STF a garantia do maior compromisso do Estado Democrático de Direito: a transformação com justiça da realidade social⁴¹.

4. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Conforme a teoria do escalonamento normativo, a Constituição corresponde à norma de maior hierarquia de nosso ordenamento jurídico, pois concede validade e unidade às demais normas jurídicas que compõem seu sistema⁴². Uma lei infraconstitucional que não esteja em conformidade com os parâmetros constitucionais, será declarada inconstitucional, por consequência do princípio da supremacia da Constituição.

Portanto, por encontrar-se no vértice do sistema normativo, a Constituição possui supremacia sobre as demais normas jurídicas, carecendo, assim, de respeito integral, pois constitui-se em Lei Suprema tanto na perspectiva formal quanto no material.

³⁹ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho e Constitución**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986. p. 229.

⁴⁰ NUNES, Danilo Henrique; SILVEIRA, Sebastião Sérgio. A Banalização dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Controle Difuso de Constitucionalidade e Separação de Poderes. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 13, vol. 20, n. 2, p. 74 – 95, Mai./Ago. 2019. p. 77 – 78. SILVESTRE, João Pedro; GERAIGE NETO, Zaiden; VILELA, Thiago Ribeiro Franco. A Contribuição do Código de Defesa do Consumidor na Tutela de Interesses Individuais e Coletivos. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**. Santo Ângelo, v. 19, n. 34, p. 97 – 112, maio/agos. 2019. p. 106 – 107.

⁴¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um Novo Ramo do Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 235 – 236.

⁴² **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 155 – 156.

No que se refere à perspectiva formal, “a Constituição possui força jurídica superior àquela das demais normas do ordenamento jurídico”⁴³. No tocante à ótica material, a Constituição possui supremacia pois tutela os dogmas fundamentais do Estado, e também por expressar um projeto político que é elaborado pelos detentores do poder, estabelecendo, sistematicamente, e de modo claro e taxativo, a ordem política do Estado⁴⁴.

Assim, a caracterização do princípio da hierarquia normativa é imprescindível para o exercício do controle de constitucionalidade, uma vez que não há a probabilidade de se verificar uma instrução normativa na concepção de outro comando de igual hierarquia jurídica⁴⁵.

Conforme Ferdinand Lassalle, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, pois a Constituição de um país expressa os fatores reais do poder nele existentes⁴⁶.

Estes fatores reais de poder representam o conjunto de forças militares (representado pelas forças armadas), sociais (representado pelos latifundiários), econômicas (representado pela indústria e pelo capital) e intelectuais (representado pela consciência e cultura gerais) que se manifestam na sociedade e produzem uma força determinante das leis e das instituições, formando a Constituição real⁴⁷. Segundo Ferdinand Lassalle, a Constituição jurídica não passa de uma folha de papel, uma vez que sua capacidade de regular e de motivar estaria limitada à sua compatibilidade com a Constituição real⁴⁸.

Konrad Hesse informa que este entendimento ainda se manifesta implícita ou explicitamente nos dias atuais, uma vez que tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas (já que estas submetem-se à realidade fática)⁴⁹.

⁴³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18.

⁴⁴ *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁵ VAINER, Bruno Zilberman. **A Pertinência Temática e o Controle Concentrado de Constitucionalidade**: o Interesse de Agir à Luz do Papel do Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição. 2009. 311 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, São Paulo, 2009.

⁴⁶ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 09.

⁴⁷ *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁸ *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁹ HESSE, Konrad, *op. cit.*, p. 10 – 11.

Contudo, Konrad Hesse discorda da tese de Ferdinand Lassalle, sustentando que a negação da Constituição jurídica é a negação do próprio direito constitucional, pois o direito constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, e teria apenas a mísera função de justificar as relações de poder dominantes⁵⁰.

Assim, questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição, ao indagar se ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, existe também uma força determinante do direito constitucional, a chamada força normativa da Constituição⁵¹.

Nesta perspectiva, deve-se ressaltar o pensamento de Karl Loewenstein sobre a dinâmica do processo de poder, informando que os âmbitos das liberdades individuais operam como controles verticais sobre o poder político, já que funcionam como uma barreira que protegem os indivíduos de quaisquer violações de direitos por meio dos detentores do poder estatal⁵².

O reconhecimento e a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais correspondem ao núcleo essencial do sistema político e da democracia constitucional, e estes princípios escancaram a distribuição do poder sem a qual a democracia constitucional não funcionaria⁵³.

Quanto mais amplos forem estes âmbitos e mais intensa for sua proteção, existirá menos perigos de que ocorra uma concentração prejudicial de poder para uma determinada sociedade⁵⁴. Ainda, é notório que os valores da dignidade da pessoa humana estão cristalizados na teoria da democracia constitucional.

Para se tornar evidente a existência da força normativa da Constituição, devem ser analisadas três abordagens: a) o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social; b) os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica; e, c) os pressupostos de eficácia da Constituição⁵⁵.

⁵⁰ *Id.*, *Ibid.*, p. 11.

⁵¹ *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵² LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1986. p. 391 – 392.

⁵³ *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁴ *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁵ HESSE, Konrad, *op. cit.*, p. 13 – 23.

No primeiro quesito, deve-se dizer que o significado de ordenação (norma) jurídica na realidade político-social somente pode ser apreciado se ambos os termos, a norma e a realidade, forem considerados como inseparáveis, e no seu condicionamento recíproco. Se contemplarmos apenas a ordenação jurídica, a norma estará em vigor ou derogada. Por outro lado, se considerarmos apenas a realidade política e social, não será percebido o problema em sua totalidade, ou será ignorado o significado da ordenação jurídica.

Tanto no positivismo jurídico de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no positivismo sociológico de Carl Schmitt, percebe-se o isolamento entre realidade e norma, entre ser e dever ser, no plano constitucional. Tal fato acarretou numa realidade de extremos, em que ou uma norma estaria despida da elementos da realidade, ou a realidade estaria esvaziada de qualquer elemento normativo.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, e a sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. A pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas⁵⁶.

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser, e Graças à pretensão de eficácia, visa imprimir ordem e conformação à realidade política e social, sendo determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela⁵⁷.

A força condicionante que a Constituição exerce sobre a realidade pode ser diferenciada da sua respectiva normatividade, mas, entretanto, não podem ser separadas ou confundidas.

Konrad Hesse⁵⁸ explica que a Constituição real e a Constituição jurídica estão numa relação de coordenação, mas independem uma da outra, sendo que a Constituição adquire força normativa na medida em que realiza sua pretensão de eficácia. Nesta perspectiva, faz-se necessário analisar as possibilidades e limites de sua atuação.

⁵⁶ *Id.*, *Ibid.*, p. 14 – 15.

⁵⁷ *Id.*, *Ibid.*, p. 15.

⁵⁸ *Id.*, *Ibid.*, p. 15 – 16.

Pelos escritos políticos de Wilhelm Humboldt, o referido autor explica que apenas poderá se desenvolver efetivamente a Constituição que vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, e é imprescindível que ela se vincule às forças e tendências dominantes no seu tempo, considerando também as leis culturais, políticas, sociais e econômicas⁵⁹.

A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. A Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes na consciência geral, e principalmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Essa vontade de Constituição baseia-se: a) na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa que proteja o Estado contra arbítrios; b) na compreensão que a ordem constituída é mais que uma ordem legitimada pelos fatos; c) na compreensão de que a norma não será eficaz sem o concurso da vontade humana⁶⁰.

Com relação aos pressupostos de eficácia da Constituição, Konrad Hesse⁶¹ elenca os requisitos mais importantes para a eficácia de um texto normativo, referindo-se tanto ao seu conteúdo quanto a sua prática:

- a) Quanto mais o conteúdo de uma Constituição corresponder à natureza da realidade atual, mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa. Faz-se extremamente necessário que ela incorpore o estado espiritual do seu tempo, e, enquanto a mesma for adequada e justa, lhe será assegurado o apoio e a defesa da consciência geral.
- b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática; o comprovado respeito à Constituição é

⁵⁹ HESSE, Konrad, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁰ *Id.*, *Ibid.*, p. 19 – 20.

⁶¹ *Id.*, *Ibid.*, p. 20 – 23.

fundamental, sobretudo naquelas situações em que a sua observância se revela incômoda (como no caso de se sacrificar um interesse, ou alguma vantagem justa, em favor da preservação de um princípio constitucional).

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Graças ao elemento normativo, a Constituição jurídica ordena e conforma a realidade política e social e, portanto, não é simplesmente a expressão de uma determinada realidade, e através da correlação entre ser e dever ser é que se dão as possibilidades e os limites da força normativa da Constituição.

CONCLUSÃO

Estabeleceu-se uma importante relação entre o princípio democrático, desenvolvido por J. J. Gomes Canotilho, e a técnica de hermenêutica constitucional trabalhada por Peter Häberle, acerca da interpretação constitucional aberta, como sendo elementos harmônicos e garantidores da Constituição Federal de 1988.

A garantia da democracia, e consequentemente da Constituição de uma determinada sociedade está diretamente relacionada ao princípio democrático, pois este oferece aos cidadãos a liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, jurídica, política e social. Fato o qual vai ao encontro dos estudos de Peter Häberle, consistindo em verdadeira caracterização de uma sociedade aberta, por meio de uma democratização da interpretação constitucional.

Conforme o referido princípio, não é concebível a realização de qualquer interpretação da Carta Fundamental sem a presença ativa dos cidadãos, bem como de outros órgãos estatais.

Todavia, nossa contemporaneidade apresenta, cada vez mais, técnicas de interpretações típicas de uma sociedade fechada, acarretando, desta maneira, na proteção de instituições políticas em contrapartida da sociedade. Técnicas de interpretação constitucional

estritamente cerradas à sociedade acarretam verdadeiro declínio ao Estado Democrático de Direito, ocasionando na incompatibilidade da Constituição jurídica com a Constituição real.

Assim, a Constituição jurídica não passaria de mera folha de papel, uma vez que sua capacidade de regular e de motivar estaria limitada à sua compatibilidade com a Constituição real.

Esta sistemática consiste em verdadeiro declínio de nossa sociedade caso a restrição à hermenêutica constitucional fosse exclusiva aos intérpretes corporativos ou ao Estado, em sentido estrito. Nesta perspectiva, haveria uma verdadeira violação ao direito de cidadania dos membros de uma sociedade, os quais não estariam aptos ao processo de interpretação constitucional aberto.

É notório que os direitos fundamentais são parte desta base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes. Logo, a força normativa da Constituição Jurídica, de nosso país, estaria em consonância não apenas com a realidade políticos, mas principalmente das realidades jurídicas e sociais, mediante a utilização procedimentos de interpretação constitucional mais amplos e pluralistas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um Novo Ramo do Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FERREIRA, Olavo A. V. A. **Sistema Constitucional de Crises**: restrições a direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1986.

LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho e Constitución**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986.

MEINBERG, Marcio Ortiz. **Direitos Fundamentais e Mutação Constitucional**. 2014. 140 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2014.

NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. 2007. 179 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2007.

NEME, Eliana Franco; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Direitos Fundamentais e Federação na História Constitucional Brasileira. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto/SP, a. XXIII, v. 27, n. 3, p. 207-223, Set./Dez. 2018.

NUNES, Danilo Henrique; SILVEIRA, Sebastião Sérgio. A Banalização dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Controle Difuso de Constitucionalidade e Separação de Poderes. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 13, vol. 20, n. 2, p. 74 – 95, Mai./Ago. 2019.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Direitos Fundamentais: Efetividade Mediante Afirmação da Supremacia do Interesse Público**. 2012. 189 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2012.

SILVA, Juvêncio Borges(coord); LEHFELD, Lucas de Souza (coord). **Constituição, Cidadania e a Concretização dos Direitos Coletivos**. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVESTRINI, João Pedro; GERAIGE NETO, Zaiden; VILELA, Thiago Ribeiro Franco. A Contribuição do Código de Defesa do Consumidor na Tutela de Interesses Individuais e Coletivos. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**. Santo Ângelo, v. 19, n. 34, p. 97 – 112, maio/agos. 2019.

VAINER, Bruno Zilberman. **A Pertinência Temática e o Controle Concentrado de Constitucionalidade:** o Interesse de Agir à Luz do Papel do Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição. 2009. 311 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, São Paulo, 2009.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado.** 3. ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Submetido em 30.10.2020

Aceito em 20.11.2020