

ORDEM E HERMENÊUTICA NA CONSTITUIÇÃO

NELSON SALDANHA

SUMÁRIO: Referência geral aos temas "ordem" e "hermenêutica". Estruturas, conteúdos e linguagem. A Constituição como ordem normativa e como conjunto de significações. Visão do problema do Direito Constitucional brasileiro.

Fazemos alusão à *ordem* e à *hermenêutica* no sentido de uma complementaridade. As diferentes definições do Direito, acumuladas e diferenciadas desde tanto tempo, costumam referir-se à idéia de ordem: o Direito, enquanto objeto, entendido como estrutura, como conjunto simétrico, como organização. Esta estrutura, esta organização, este conjunto podem ser vistos como algo complexo, feito de valores, normas e fatos; podem ser encarados em sentido restritivo, como conjugação de normas; podem-se ainda tomar outras variantes, falando em sistema ou em "instituição". O que ocorre é que sempre se tem a imagem de uma ordem: uma ordenação que é estrutural, que possui sua estática e sua dinâmica, que se desdobra em umas tantas dimensões.

O mesmo, aliás, sucede, grosso modo, com os âmbitos que integram o plano institucional da vida social: a política, a economia, a religião. Em cada um destes âmbitos se tem uma "organização", tem-se uma estrutura que radica na sociedade e na cultura: tem-se uma ordem. Formas de governo são padrões da ordem política, regimes econômicos são modos de ordenar processos e relações.

Pretendemos entretanto lembrar que, em cada um destes âmbitos, institucionalmente caracterizados, o que existe, como fenômeno e sobretudo como experiência, não é apenas a ordem, isto é, a estruturação objetiva. Ao lado da vigência das formas e da latência dos conteúdos – conteúdos éticos, psíquicos, sociais –, os sistemas se tornam inteligíveis pela presença de uma série de significações, que os integram. Um sistema político não é apenas uma confi-

guração de focos de poder e de relações definidas, mas também uma série de convicções, princípios e conceitos. Um regime econômico implica, ao lado dos seus "modelos" objetivos, uma estratégia de persuasão, meio científica meio retórica. Digamos que no caso da religião as formas e os ritos se explicam por uma teologia que é de certo modo sua interpretação.

Estamos recorrendo, como se percebe, à idéia de significação, corrente na lingüística mas também na filosofia da cultura onde circula desde pelo menos Dilthey. Recorremos também à noção genérica de interpretação, que o próprio Dilthey enriqueceu e que vinha dos românticos.

No caso do Direito, a complementaridade entre o dado "ordem" e o dado "hermenêutica" se nos apresenta necessitada de uma reflexão específica. François Géný vislumbrou o problema quando, em seu extraordinário livro sobre *Ciência e Técnica*, estabeleceu a distinção entre o dado e o construído, no Direito privado.

Vale observar que, com freqüência, se menciona o Direito como algo que estivesse pronto e acabado, algo posto e proposto (ou imposto) como ordem normativa e coativa: um conjunto de preceitos em vigência dentro de dada circunscrição. E se menciona o trabalho interpretativo como algo que vem juntar-se a este conjunto, ou seja, a interpretação como algo que não integra o Direito mas que se refere a ele. Que se refere à sua aplicação. O intérprete, lançando mão dos procedimentos conhecidos desde pelo menos a sistemática de Savigny, busca na ordem jurídica, ou seja, no Direito positivo, as soluções integradoras (1).

Entendemos, porém, que algo deve ser reformulado nesta maneira de ver as coisas. A nosso aviso, o que se chama *Direito* não é apenas a ordem, como conjunto coerente de preceitos positivos, mas é também o conjunto de potencialidades hermenêuticas que ocorrem dentro do próprio "ordenamento". Nenhum direito histórico, passado ou presente, pode ser compreendido sem que se tenha como referência a correlação entre as normas e o *significado* que lhes é atribuído dentro do orbe cultural ou do contexto histórico em que ocorrem (2).

Pois detenhamo-nos diante da figura das *constituições escritas*. Será pertinente aludir de passagem ao prestígio do direito escrito desde os antigos, sem embargo da vigência do consuetudinário em longos períodos: o direito escrito expressa através da palavra a racionalidade da ordem, correlata do *cosmos* e dos *logos* (3).

A idéia de constituição, entretanto, apesar de implicar como imagem positiva vários antecedentes de relevo, é um produto do Ocidente moderno. As expressões medievais, no sentido de uma ordenação constitucional, valem sobretudo como pontos de referência, que antecedem o conceito moderno e sobretudo contemporâneo, isto é, a noção de constituição nascida do iluminis-

mo e do geometrismo revolucionário. Este geometrismo, que com Sieyès se revelou em seu ponto mais exemplar, se prolongou durante o século XIX, em cujo final Maurice Hauriou mencionava a própria constituição como a primeira das garantias. A presença das constituições dentro da realidade jurídico-política do Ocidente contemporâneo fez com que Georges Burdeau publicasse, no volume de estudos dedicados a Achile Mestre, um ensaio considerando a noção de constituição como uma *survivance* (4).

E dentro da experiência contemporânea, as constituições têm sido analisadas ora como problema de estrutura, ora como questão de linguagem. Não por acaso o segundo pós-guerra assistiu ao surgimento de várias obras que colocaram ou recolocaram, para os juristas, problemas de linguagem, e paralelamente problemas de interpretação: mencionaríamos entre outros os nomes de Viehweg, Perelman e Betti.

Ao colocar problemas de linguagem, e correlatamente de interpretação, a teoria do Direito passou a questionar o formalismo vindo das décadas de 10 e 20 através da obra de Kelsen (e da de Bobbio, depois); passou a questionar a hermenêutica tradicional, ainda presa ao velho esquema de Savigny. As idéias de Betti, ainda relativamente tradicionais, foram contestadas por Gadamer em polêmica famosa. Para o filósofo alemão, toda interpretação supõe uma pré-compreensão, que ao ser levada ao direito requer considerações especiais.

Por outro lado, a experiência constitucional, dentro dos tropeços do século XX, tem provocado diversas reformulações teóricas, já trazidas pela ciência política, já conduzidas pelo direito público. O direito público das décadas de 20 e 30, inclusive com os livros de Schmitt (falo de Schmitt pondo de parte suas vinculações ideológicas), ensejou algumas importantes revisões conceituais (5). Menciono também, com referência àquelas décadas, os nomes de Heller e Smend. Estes autores, que se situavam em distintas posições político-partidárias (Heller por exemplo era socialista), configuraram uma visão do Direito público que se pode caracterizar como realista, integrativa e atenta ao "concreto". Em Rudolf Smend a idéia de integratividade alimentou inclusive uma característica preocupação com a hermenêutica constitucional. Para ele o Direito constitucional deveria garantir, integrativamente, uma série de soluções que são variáveis em função do tempo e das circunstâncias (6).

No século XX, as pressões da conjuntura internacional, mesmo nos períodos onde não tenham ocorrido conflitos, juntaram-se a específicas pressões ideológicas no sentido de dar às constituições um aspecto peculiar. Enquanto na Inglaterra subsistiu o velho e sempre renovado sistema misto, sem constituição escrita, e nos Estados Unidos permaneceu o texto do século XVIII, completado pelas numerosas emendas e por uma crescente vegetação de jurisprudência criadora, o mundo recebeu as sucessivas constituições

soviéticas, mais a da China e as dos países comunistas, todas providas de linguagem ideologicamente condicionada. Nos países não convertidos ao comunismo, prosseguiram os experimentos, uns inspirados na carta de Weimar outros no clássico liberal com variantes formais e com algum grau de intervencionismo, o intervencionismo do chamado Estado Social.

A consciência do impacto do chamado Estado Social sobre as linhas do Estado de Direito de origem liberal tem estado presente no modo de interpretar certas situações concretas, nas quais entram em colisão o instrumental de ação dos governos e o tradicional elenco dos direitos fundamentais. Os governos, e com isto o que se menciona são os Executivos, absorvem tarefas, indo além do mero oferecimento de serviços – Forsthoﬀ escreveu dois livros importantes a respeito –, obrigando o pensamento constitucional a reconsiderar os limites entre a legitimidade das *programações* sociais do Estado, e a permanência fundamental dos *direitos*, que são sociais e individuais sendo obviamente humanos.

À medida, entretanto, em que se veio aguçando a contradição entre estruturas estatais e direitos humanos, ambas as coisas baseadas na constituição e mencionadas na teoria, portanto na hermenêutica, veio surgindo como posição crítica uma série de idéias sobre a necessidade de liberar o Direito das formas estatais: idéias sobre a possibilidade de uma sociedade sem Estado e de um Direito também sem Estado. A nosso ver, aliás, uma reação explicável mas no fim das contas utópica, senão mesmo equivocada.

O professor Gomes Canotilho, em breve estudo sobre "O Direito Constitucional entre o moderno e o pós-moderno", afirmou que para o jurista de hoje a idéia de constituição como *centro* de um conjunto normativo que regula a sociedade, se acha em questão. O que significa, conforme acrescenta o próprio mestre português, que o direito constitucional não representa um direito ativo e "dirigente", mas um direito "reflexivo". Apoiado em autores como Teubner e outros, Canotilho estabelece que não existe *centro* na ordem política, que é "multipolar" e "multiorganizativa" (7).

Permitimo-nos contudo ponderar que o peso das alterações ocorridas na experiência real e nas trajetórias ideológicas não é suficiente para retirar da noção de constituição seu sentido essencial. Entendemos que os contextos históricos são cumulativos: assim o Estado Social conservou as conquistas do Estado liberal na estrutura das contribuições e em seu sentido de "garantia", e do mesmo modo a relação da constituição com o que se chama *ordenamento jurídico* permanece com seu sentido primacial. O *Direito*, como ordem, tem muito o que ver com a imagem de um centro, que unifica competências e que torna inteligíveis os princípios cuja coerência orienta a hermenêutica. Assim a *constituição*, que embasa o Direito positivo, inclusive ao colocar as funda-

mentais competências e ao expressar os princípios nucleares, é sempre centro, mesmo quando entendida com maior flexibilidade em sua estrutura e em seus significados. Neste sentido vale recordar as alusões de Jürgen Seifert sobre a constituição como "forum" ou seja como espaço aberto para interpretações e reinterpretações. Ou então as referências de Peter Häberle sobre a constituição como expressão da dimensão pública (*öffentlichkeit*) democraticamente aberta à discussão conceitual. Ou seja, o importante, junto com flexibilidade do texto positivo como ordem vigente, é o processo dialógico do debate hermenêutico *integrante* da realidade constitucional.

Lembraríamos ainda as alusões correntes à "desconstrução", em filosofia, e à decodificação, em Direito – principalmente no Direito civil com os trabalhos de Natalino Irti –, que realmente podem ser entendidos como sintoma da crise do pensamento sistemático e da fé racionalista nas codificações. Evidentemente isto afeta a fé iluminista nas constituições escritas, porém não a ponto de esvaziar seu significado. Mas sim, ao que entendemos, no sentido de tornar mais perceptível a importância do *componente hermenêutico*, que não é exterior à realidade constitucional mas sim parte dela.

Façamos, para concluir, algumas ligeiras referências ao problema da interpretação no Direito Constitucional brasileiro. Assim o clássico Carlos Maximiliano, no Prefácio de seus comentários, aludiu à necessidade de distinguir entre a hermenêutica do Direito Público e a do Direito Privado, tema aliás que aparece também em seu conhecido livro sobre hermenêutica. Para Maximiliano o comentário dos dispositivos constitucionais deveria incluir a alusão à doutrina, à história política e aos casos concretos (8).

Já Aurelino Leal, escrevendo alguns anos após, acentuava, ao lado da noção de interpretação, o conceito de "construção", que na verdade vinha dos alemães e que teve divulgação específica no Direito Constitucional através dos clássicos norteamericanos, tais como Black, Cooley e outros (9). Só que dentro do sistema norteamericano a construção, ligada à interpretação, favorece a flexibilidade estendendo o alcance do componente hermenêutico, diferentemente do que acontece no nosso, onde o papel do julgador e dos desdobramentos interpretativos é consabidamente menor.

Todas estas questões, aqui sucintamente colocadas, nos levariam a mencionar alguns outros tópicos relevantes. Por exemplo, o das regulamentações e o das normas ditas programáticas, cuja posição intermédia, entre a pura dimensão normativa e plano o conceitual, sempre revela pressupostos políticos.

Até que ponto, e é um começo do questionar referente ao nosso texto de 1988, os termos do Preâmbulo valem como "direito positivo"? A alusão a

valores, inserida naquele solene fraseado, pode ser tomada como simples referência doutrinária; pode entender-se entretanto como um conjunto de referenciais interpretativos, indicadores do modo pelo qual cabe compreender o texto, captando o seu *espírito* para além da *letra*. Mas ainda assim se pode indagar se o entendimento relativo ao todo, isto é, à constituição como portadora de um *espírito* unitário, deve ser aplicado à hermenêutica de cada dispositivo constitucional. Atribuir ao texto constitucional um significado global, correspondente a um "espírito", já é um recurso hermenêutico: dir-se-ia, com termo tirado de Gadamer, que é um dado pré-compreensivo. Mas a aplicação desse espírito, colhido inclusive no fraseado preambular, aos diversos dispositivos que perfazem concretamente o texto da carta, implica de certo modo na utilização do conceito de *princípio*. Os princípios se revelariam, não apenas nos termos do pórtico preambular, mas também nas expressões mais genéricas de certos títulos, como os dos capítulos I e II. A expressão "Estado Democrático de Direito", incluída no artigo primeiro, pede reflexões (que aliás já vêm sendo feitas pelos comentadores) no tocante aos seus limites conceituais e aos seus reflexos sobre determinados itens do texto, como no caso os concernentes às garantias, que se alinham lá pelos fins do artigo 5º.

Todo saber jurídico, que não se atenha ao simples conhecimento da *letra* da lei, tem de se estender por alguns destes caminhos: o exame dos pressupostos históricos e do direito comparado, a referência aos fatores políticos com suas correlatas condições sociais, e a análise das implicações doutrinárias. Por todas estas vias passa a extensão da idéia de *princípio*, que Josef Esser, em livro notável, considerou tão relevante quanto a de norma, na elaboração do direito positivo (10).

NOTAS

1 – *Sistema del Derecho Romano Actual* por F. C. deSavigny, trad. Guenoux (versão esp. de J. Mesía e M. Poley), ed. F. Gongora, Madrid, 1878, tomo I, livro I, cap. IV.

2 – Alfredo di Pietro, "La prudente tarea de interpretaciós en el derecho romano", em *Anuário de Filosofia Jurídica y Social* (ed. Abelar do Perrot, B. Aires) n. 9, ano 1989, págs. 221 ss, princ. p. 224.

3 – Ver o estudo de Françoise Ruzé, "Aux débus de l'écriture politique: le pouvoir de l'écrit dans la cité", em *Les savoirs de l'Ecriture – En Grèce ancienne*, Presses Universitaires de Lille, 1988.

4 – Cf. Paul Bastid, *L'idée de Constitution*, Ed. Economica, Paris 1985, p. 189.

5 – Nelson Saldanha, *Formação da Teoria Constitucional*, ed. Forense, Rio de Janeiro 1983, cap. IX.

6 – R. Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. J. M. Beneyto, Centro de Estudos Constitucionales, Madrid 1985, *passim* e principalmente pp. 201 e 219.

7 – "O Direito Constitucional entre o moderno e o pós-moderno" (*Revista Brasileira de Direito Comparado*, número 9, Rio de Janeiro 1990, págs. 79 e seguintes). À pág. 83, contudo, o professor Canotilho acautela contra a "loucura" da idéia de uma "sociedade sem direito". O mesmo autor, em seu livro *Constituição dirigente e vinculação do legislador* (Coimbra Editora, 1982) estudou o tema das "normas constitucionais programáticas", utilizando conceitos da moderna filosofia hermenêutica e apresentando importantes aportes sobre a "força da constituição". Sobre este assunto cabe remeter ao estudo de Konrad Hesse, *A Força normativa da constituição*, trad. G. F. Mendes, ed., Fabris, Porto Alegre, 1991.

8 – Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, ed. Jacintho, Rio de Janeiro 1918, págs. 4 e 5.

9 – *Theoria e prática da Constituição Federal Brasileira, Parte Primeira* (Rio de Janeiro, ed. Briguiet, 1925) págs. 7 e seguintes.

10 – *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. E. V. Fiol., Bosch, Barcelona 1961, *passim*. – Para o tema, v. o valioso ensaio de Jesus Miranda Carvalho, *Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa* (Coimbra Editora, 1982). Outros aspectos em Francesco Galgano, *Il Diritto Privato fra codice e costituzione*, 2ª ed., Zamichelli, Bolonha 1983.