

A CONCEPÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DE HERMANN HELLER – INTEGRAÇÃO NORMATIVA E SOCIOLÓGICA – E SUA POSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO À TEORIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL¹

Gisela Maria Bester²

Mestre e Doutorado em Direito Público
pela Universidade Federal de Santa Catarina.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a constante falta de coincidência entre a Constituição formal e a Constituição efetiva e material trabalhamos, neste artigo, um conceito de “Constituição” (fundamental em Teoria Constitucional) que procura realizar o vínculo entre a norma pura, solenemente promulgada, e a realidade social, efetivando uma “conexão de sentido”, portadora de conteúdo axiológico e envolvendo um conjunto de valores.³ E vem de Hermann Heller, a idéia de que se se prescinde “*da normalidade social positivamente valorada, a Constituição, como mera formação normativa de sentido, diz sempre muito pouco.*”⁴

1 Uma primeira versão deste artigo constituiu o trabalho final da disciplina “Teoria Constitucional”, ministrada no primeiro trimestre de 1995, sob a responsabilidade do Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski, no Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina.

2 Mestre e Doutorado em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina.

3 Conforme o entendimento do constitucionalista pátrio José Afonso da Silva, em seu livro “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 9.

4 Cf. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 304.

Nesse contexto, este artigo tem por *objetivo* efetuar uma possível contribuição da concepção de Constituição apresentada por Hermann Heller, no campo da teoria da Interpretação Constitucional.

Para a execução de tal tarefa científica, propomo-nos a desenvolver o trabalho em três itens. O *primeiro* fornece uma visão panorâmica do antagonismo existente entre as concepções de Constituição sociológica e política e a Constituição puramente normativa, analisando brevemente o pensamento de seus maiores representantes, respectivamente: Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt e Hans Kelsen. O *segundo* procura demonstrar como Hermann Heller integrou as visões sociológica e política com a normativa. O *terceiro* tece considerações a respeito da interpretação constitucional, abordando, preliminarmente e em termos gerais, o significado de hermenêutica jurídica, aplicação do direito e interpretação (*lato sensu*) da lei, aventadas aí as possibilidades de contribuição das concepções de Hermann Heller, a respeito da Constituição, no campo da interpretação constitucional.

O aporte teórico do trabalho reside em Hermann Heller, porém não há como apresentar seu conceito de Constituição sem abordar os de Lassalle, Schmitt e Kelsen, tendo sido utilizados, também, alguns autores comentadores do assunto em questão. Especificamente quanto à interpretação constitucional, servimo-nos do jurista pátrio Carlos Maximiliano.

1 O ANTAGONISMO DA CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO SOCIOLÓGICO E POLÍTICO COM A CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO NORMATIVO

Aqui pretendemos elucidar brevemente o conceito de Constituição em sentido sociológico, político e normativo e demonstrar o quanto este último é antagônico em relação aos dois primeiros. Para tanto, necessitamos trazer à tona as concepções dos autores mais representativos de tais visões, respectivamente Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt e Hans Kelsen. Os dois últimos porque deles discordando, mas unindo-os, é que Hermann Heller elaborou a sua concepção de Constituição. O primeiro, porque suas idéias sociológicas a respeito da Constituição exerceram influência no pensamento de Heller.

Constituição em sentido sociológico

O sociologismo constitucional⁵ tem seu exímio representante em Ferdinand Lassalle, o qual foi, no século passado, um precursor da social-democracia alemã. Para ele, a constituição de um país é, em essência, “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”.⁶ No reino da Prússia de seu tempo, enumerou-se como sendo a monarquia (com o Exército), a aristocracia, os grandes industriais, os banqueiros e, em casos extremos, também a pequena burguesia e a classe operária, isto é, o povo. Todos partes da Constituição. Tais fatores tornam-se jurídicos quando transportados para “uma folha de papel”,⁷ recebendo expressão escrita via observação de certos procedimentos e, deste modo, existe relação entre as duas constituições de um país, quais sejam, a “real e efetiva” (soma dos fatores reais e efetivos de poder que regem a sociedade) e a “escrita” (“folha de papel”), a qual só é “boa e duradoura” se corresponder àquela e “*tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país.*”⁸

Lassalle afirmou, assim, que os problemas constitucionais não são, em princípio, de direito, mas de poder, e que a “verdadeira” Constituição é a real e efetiva, não tendo as Constituições escritas valor e duração senão na medida em que “*exprimem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.*”⁹

Apesar da diferença histórica que os separou,¹⁰ Lassalle introduziu os subsídios sociológicos que servem de negação à moderna teoria do Di-

5 O qual encontra seu fundamento nas afirmações, dentre outras, de que “a constituição é primordialmente uma forma de ser, e não de dever ser”, e “não se sustenta numa norma transcendente, pois a sociedade tem sua própria ‘legalidade’, que é rebelde à pura normatividade e não se deixa dominar por ela; o ser tem sua própria estrutura, da qual emerge ou à qual deve adaptar-se o dever ser;”, conforme José Afonso da Silva, servindo-se da lição de García-Pelayo, em sua obra: *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Op. cit., p. 10. (grifado no original)

6 LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Tradução original por Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, p. 19. “A Essência da Constituição” é seu último trabalho (uma vez que faleceu em 1864), e resultou de uma conferência proferida a intelectuais e sindicalistas, em 1963. No original alemão, a obra recebeu a denominação “Über die Verfassung” (“Sobre a Constituição”).

7 Idem, *ibidem*.

8 Id., *ib.*, p. 25 e 41. (grifado no original)

9 Id., *ib.*, p. 49.

10 Ferdinand Lassalle (1825-1864); Hans Kelsen (18881-1973).

reito de Hans Kelsen, sendo que, conforme Aurélio Wander Bastos, o determinismo lassallista chegou a reconhecer que a “lei fundamental”, confundindo-se com os fatores reais de poder, é uma exigência da necessidade dos próprios fatores de poder, “*de tal forma que, substantivamente, só pode ser aquilo que realmente é, nunca o que deveria ser.*”¹¹ Assim, sem qualquer abertura jurídica, Lassalle insistiu ser o problema constitucional exclusivamente político, “*que deve ser resolvido politicamente*”.¹²

Esta é, sinteticamente apresentada, a concepção sociológica de Constituição, à qual Hermann Heller aderirá, ou pelo menos sofrerá dela grande influência em seu pensamento, conforme veremos adiante.

Constituição em sentido político

Tal concepção revela certa faceta do sociologismo e encontra em Carl Schmitt¹³ sua principal formulação. Ele tem, a respeito da Constituição, uma visão puramente política,¹⁴ entendendo-a como a decisão política fundamental, conceito ao qual chegou após ter pesquisado todos os sentidos do vocábulo constituição na literatura jurídico-política, tendo-o classificado em quatro grupos, especificados a seguir.

· Sentido *absoluto* – a Constituição é considerada um todo unitário, uma unidade política concreta ou ideal, significando o próprio Estado, “a situação total da unidade e ordenação políticas” ou “um sistema fechado de normas”, designando então uma unidade ideal, não concreta. Nos dois ca-

11 Cf. Prefácio à edição brasileira da obra de Lassalle “A Essência da Constituição”. Op. cit., p. XXII. (grifamos)

12 Idem, ibidem, p. XXIII.

13 O jurista e politólogo alemão viveu de 1888 a 1985, e, como jurista, contribuiu ao desenvolvimento da **doutrina da Constituição moderna**, baseado em atenta releitura da tradição européia (Macchiavelli, Hugo Grotius, Jean Bodin, os revolucionários conservadores Bonald, de Maistre, Donoso Cortês, com destaque a Thomas Hobbes, seu autor preferido, no qual enraizou sua crítica ao sistema político de Weimar. “*Com esta orientação opôs-se ele aos outros teóricos contemporâneos do Estado, como por exemplo Otto Kirchheimer, Hermann Heller ou Hans Kelsen e Gerhard Anschütz.*” Cf. Apresentação à sua obra “O Conceito do Político”, feita por Hans Georg Flickinger, p. 11 (grifamos)

14 O que se depreende de sua obra “Teoria da Constituição”, escrita em 1927, na qual teve como objeto de estudo propriamente dito o Estado Constitucional em sentido estrito (o Estado de Direito liberal-burguês), sendo que a “Teoria” é a da Constituição do Estado Burguês de Direito.

sos “o conceito de Constituição é **absoluto**, porque oferece um todo (verdadeiro ou pensado)”.¹⁵

· Sentido *relativo* – aqui a Constituição aparece como uma pluralidade de leis particulares, sendo o conceito fixado por características externas e acessórias (formais), equivalendo ao conceito de lei constitucional particular, concreta. “A relativização do conceito de Constituição consiste em que, ao invés de se fixar o conceito unitário de Constituição como um todo, fixa-se somente o de lei constitucional concreta (...)”.¹⁶

· Sentido *positivo* – aqui a Constituição é considerada como “decisão de conjunto sobre modo e forma da unidade política” donde só ser possível um conceito de Constituição “quando se distinguem Constituição e lei constitucional, não sendo admissível primeiro dissolver a Constituição em uma pluralidade de leis constitucionais concretas e depois determinar a lei constitucional por algumas características externas ou pelo procedimento de sua reforma.”¹⁷

· Sentido *ideal* – no qual a Constituição identifica-se com certo conteúdo político e social, tido como ideal. “Freqüentemente, por razões políticas, designa-se como ‘verdadeira’ ou ‘autêntica’ Constituição, a que responde a um certo ideal de Constituição”,¹⁸ sendo possível, portanto, tantos conceitos de Constituição quantos princípios e convicções políticas. Fricou, porém, que “o conceito ideal de Constituição ainda hoje dominante é o ideal de Constituição do Estado Burguês de Direito”,¹⁹ em vigor na maior parte dos Estados do mundo.

O jurista deu maior importância ao conceito positivo, tendo-o considerado o único e verdadeiro, o qual só é possível, como vimos acima, quando se diferenciam Constituição e lei constitucional. Tal conceito tem dois aspectos importantes: o fato de a Constituição surgir mediante um ato do poder constituinte e ser tida como “decisão”. Assim, em sentido positivo, a

15 Cf. sua obra “Teoría de la Constitución”. México: Nacional, 1981, p. 3. (grifado no original) Advertimos que esta tradução, assim como as demais que se seguirão a respeito desta obra, são de inteira responsabilidade da autora deste trabalho.

16 Cf. SCHMITT. Carl. Op. cit., p. 13. (grifado no original)

17 Idem, ibidem, p. 23.

18 Id., ib., p. 41.

19 Id., ib., p. 46.

Constituição surge de um ato do poder constituinte (existente anteriormente), contendo a “*determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política.*”²⁰ Daí o “decisionismo”²¹ e o “voluntarismo” de Carl Schmitt, onde a Constituição é a decisão política fundamental e vale somente em razão da vontade do poder que a estabelece. No conceito schmittiano, a *essência* da Constituição está em uma “*decisão política do titular do poder constituinte*” (do povo na democracia e do monarca na autêntica monarquia) e não em uma norma em si.²²

Constituição em sentido jurídoco-normativo

Segundo José Afonso da Silva, nascida com o constitucionalismo moderno, esta concepção vincula-se à idéia de Estado liberal e ao racionalismo, sendo a atividade jurídica, em maior ou menor grau, mero produto da razão, deduzida de certos princípios mais ou menos imutáveis, os quais disciplinam e modificam a realidade social, tendo como garantia a Constituição. Assim, na concepção jurídica, “*a constituição se apresenta especialmente como norma jurídica, norma fundamental, ou lei fundamental de organização do Estado e da vida jurídica de um país.*”²³

Hans Kelsen foi o autor que levou até as últimas conseqüências o antagonismo entre esta concepção jurídica de Constituições e a concepção sociológica. Em completa oposição ao conceito sociológico, político e ideal, a Constituição é considerada como norma pura por Kelsen, concordando com seu “normativismo metodológico”, o qual concebe o direito apenas como puro “dever ser”, como o positivo, sem qualquer fundamentação sociológica, política ou filosófica.²⁴ Isto porque é a “*norma pura, vazia de*

20 Id., ib., p. 24. (grifamos)

21 Sua teoria denomina-se “decisionista”, que é uma “*denominação arquitetônica para uma concepção que não divorcia o político do jurídico, mas antes crê que o político é antecedente necessário do jurídico e o momento da decisão é o momento político de todo direito.*” Cf. prólogo de Adolfo R. Rouzaut à obra *Teoría Constitucional*. In: VANOSSI, Jorge Reinaldo. A. *Teoría Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. XV.

22 Cf. SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 27.

23 Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 18. (grifado no original)

24 Cf. sua obra *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 1-2, 7 e ss.

conteúdo, sem qualquer essência expressiva ou representativa da força ou de pressupostos ideológicos”,²⁵ a base principal do desenvolvimento de seu quadro teórico.

Sem desconhecer que existem dados sociais e uma realidade complexa na base de todo Direito, e à qual se destina, bem como que o Direito é inspirado por teorias e princípios filosóficos que se relacionam com a norma positiva, o jusfilósofo alemão considera-os problemas metajurídicos, cujo estudo compete ao sociólogo e ao filósofo, não ao jurista, já que sua “teoria pura do Direito” pretende expurgar a ciência jurídica de toda classe de juízo de valor moral ou político, social ou filosófico.²⁶

Kelsen toma a palavra Constituição no sentido “lógico-jurídico” (nesse, constituição significa a “norma fundamental hipotética”, tendo por função servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva) e no “jurídico-positivo” (é a norma positiva suprema, a lei nacional em seu mais alto grau, o conjunto de normas regulador da criação das normas jurídicas gerais – Constituição em sentido *material* –, ou um dado documento solene que abriga um conjunto de normas jurídicas somente passíveis de serem alteradas via certas prescrições especiais – Constituição em sentido *formal*).²⁷

Para manter em pé o normativismo da Teoria Pura do Direito, Kelsen não pôde fundamentar a Constituição positiva com algo real, com qualquer elemento filosófico, político ou sociológico (como por exemplo a vontade popular, o direito natural ou o bem comum), tendo sido obrigado a procurar um fundamento também normativo à Constituição.²⁸ Ocorre que esta já é, por definição, a norma positiva suprema e então, foi preciso cogitar uma norma fundamental, “hipotética”, existente apenas como “pressuposto lógico” da validade das normas constitucionais positivas.²⁹

25 Cf. o dizer de Aurélio Wander Bastos, no Prefácio à obra “A Essência da Constituição”, de Ferdinand Lassalle. Op. cit., p. XXII.

26 Cf. sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 3.

27 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. cit., p. 240-1; e cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Op. cit., p. 253.

28 Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 19.

29 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. cit., p. 25.

2 HERMANN HELLER E A INTEGRAÇÃO DA VISÃO POLÍTICA COM A VISÃO NORMATIVA

Críticas de Hermann Heller às concepções política e normativa

Tanto a concepção sociológica quanto a política e a normativa pura são unilaterais, e têm sido várias as tentativas visando a superação desse parcialismo no conceito de Constituição. Dentre elas, destacamos a feita por Hermann Heller,³⁰ que procurou um conceito unitário de Constituição.

Apesar de a teoria de Kelsen ter tido o mérito de revelar a natureza de “dever ser” da norma jurídica, seu normativismo reduziu o objeto da ciência jurídica a pouco mais que uma lógica jurídica, em que seu formalismo desconsidera a experiência jurídica, e isso se faz sentir muito no campo do direito constitucional, conforme observa José Afonso da Silva, “*onde se verifica tanta influência da realidade social, política e ideológica (...)*”.³¹

Após entender que tal normativismo kelseniano privava as normas de seu sentido “ser-dever ser”, Heller contestou-o, entendendo não caber a manutenção da usual rigidez entre as leis do ser e as do dever ser. Por outro lado, e ao contrário, tentou mostrar o erro oposto de Carl Schmitt, que su-

30 Para auxiliar a compreensão do pensamento do autor que é o cerne deste trabalho, trazemos alguns dados biográficos. Hermann Heller viveu 42 anos (de 1891 a 1933), tendo morrido prematuramente, no exílio (Espanha). Em 1919 publicou sua tese de habilitação sobre o pensamento de Hegel, atacando a apoteose do poder feita pelo grande filósofo alemão. No plano político, militou na social-democracia, tendo sido um dos poucos constitucionalistas que aceitou e defendeu a Constituição de Weimar. Foi professor de Direito Público em Berlim, em 1928, bem como em Frankfurt (1932-3). em 1933 quis organizar a resistência a Hitler, então no poder, e, por tal tentativa, teve que se refugiar em território espanhol. Foi acolhido pela Universidade de Madrid e nela trabalhou intensamente, mesmo que por pouco tempo. Ao morrer, deixou inconclusa sua “Teoria do Estado” e em 1917 publicaram-se suas obras completas, na Alemanha, em três tomos (edição A. W. Sijthoff, de Leyde), com introdução preliminar de Martin Drath e Cristopher Müller. Importa salientar que a circunstância da morte de Heller ao tempo da redação da obra “Teoria do Estado” não afeta a definitividade de seus conceitos, segundo assevera Gerhart Niemeyer (prologuista e responsável pela obra, ex-ajudante de Heller). Cf. VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría Constitucional*. Op. cit., pp. 104, 107 e 117.

31 Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 20.

bestimou completamente a normatividade e exaltou a existencialidade, para quem a Constituição não é concebida como norma, mas apenas como “decisão”. A partir daí Heller afirmou não existir Constituição política que, inteiramente como *status* real não seja, ao mesmo tempo, um ser formado por normas, isto é, uma forma de atividade normada.³²

Na justificativa da legitimidade das normas constitucionais, tais posições prescindem ora do poder, ora do direito, e por isso, Heller criticou especialmente Kelsen e Schmitt, demonstrando que “*toda a teoria que prescinda da alternativa direito ou poder, norma ou vontade, objetividade ou subjetividade, desconhece a construção dialética da realidade estatal (...)*”,³³ pois o direito tem um caráter criador de poder que não permite se conceber a constituição como “decisão” de um poder sem norma (posição de Lassalle e Schmitt), assim como o caráter que o poder tem de criar direito destrói a concepção de que a validade jurídica da constituição advenha de uma norma com validade apenas lógica e desprovida de poder (posição de Kelsen).³⁴

Em última instância, Heller uniu o estático da Constituição com o dinâmico do poder e da administração, partindo do conceito de “Constituição política total” e demonstrando uma “*indissolúvel conexão entre o mundo real e o mundo cultural, ou seja, entre o mundo do ser e o do dever ser.*”³⁵ E entre estes dois extremos, encontrou termos enlaçados recíproca e permanentemente, mas que vivem separados por pertencerem respectivamente aos dois mundos, opostos ou diferentes: “*a normalidade e a normatividade, o sociológico e o jurídico, o poder e o direito, a vontade e a norma, a eficácia e a validade, o ato e o sentido, a realidade e a significação, a subjetividade e a objetividade*”,³⁶ correspondendo os primeiros ao mundo real (âmbito do ser) e os segundos ao mundo cultural (âmbito do dever ser).

O ponto de partida metodológico descrito acima (conexão entre o mundo do ser e o do dever ser) marcou a diferença substancial do enfoque

32 Cf. HELLER, Hermann. A Constituição do Estado. In: *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 299.

33 Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 46.

34 Cf. HELLER, Hermann. Op. cit., p. 325 e 326.

35 Cf. Prólogo à obra *Teoría Constitucional* de Jorge Reinaldo A. Vanossi, feito por Adolfo R. Rouzaut. Op. cit., p. XV.

36 Cf. VANOSSO, Jorge Reinaldo A. Op. cit., p. 103.

de Hermann Heller em relação às concepções de Hans Kelsen e de Carl Schmitt, sendo que o primeiro conseguiu realizar uma grande síntese dialética entre o que apregoavam os dois últimos.

Concepção de Constituição segundo Hermann Heller

Heller tentou superar as concepções parciais, expostas *supra*, no sentido de que, para ele, a Constituição estatal forma um todo, composto pela normalidade e pela normatividade (jurídica e extrajurídica), interagindo num processo de complementação recíproca.

O autor considera a Constituição estatal como sendo a Constituição política da realidade social e diz que “a Constituição de um Estado coincide com a sua organização enquanto esta significa a constituição produzida mediante atividade humana consciente”.³⁷ Esclarece que a forma ou estrutura de uma situação política real é renovada constantemente por meio de atos de vontade humana, de atividade humana concreta, em virtude da qual o Estado é transformado em uma unidade ordenada de ação e, assim, adquire existência, ou seja, o Estado aparece na sua existência e modo concretos quando a realidade social adquire forma e ordenação, de uma maneira especial. Esta é a Constituição “real”, que todo país possui em todo tempo, a mesma que para Lassalle não é a escrita ou a “folha de papel”, mas as relações reais de poder que se dão em um país, as quais mudam a cada momento, pois que estão em constante movimento, gerando, como organização e constituição, a unidade e ordenação do Estado. A configuração atual da cooperação entre os membros do país (“que se espera seja mantida de modo análogo no futuro”), através da qual é produzida a unidade e ordenação da organização, de modo constantemente renovado, é por ele chamada de “Constituição no sentido da ciência da realidade”.³⁸

Apesar do caráter dinâmico do objeto do Direito e do Estado e da dinâmica dos processos de integração constantemente mutáveis, a Constituição é por Heller afirmada com um caráter relativamente estático, sendo produto e não processo, forma de atividade e não atividade, forma esta

37 Cf. HELLER, Hermann. Op. cit., p. 295.

38 Idem, *ibidem*, p. 296.

aberta, pela qual passa a vida. E graças à probabilidade da repetição no futuro (esta é a sua realidade potencial) da conduta humana que coam ela concorda, a Constituição permanece através da mudança do tempo e das pessoas. Tal probabilidade é baseada em uma mera normalidade de fato (o “ser”) da conduta dos membros conforme à Constituição e em uma normalidade normada (o “dever ser”) dos mesmos e no mesmo sentido. Assim, distinguem-se nas Constituições estatais, e como conteúdos parciais da Constituição política total, a “Constituição não normada” e a “normada” (normada extra e juridicamente, ou seja, tanto em normas, quanto em costumes, moral, religião, urbanidade etc.). A Constituição organizada é a normada pelo direito conscientemente estabelecido e assegurado.³⁹

Segundo Heller, a normalidade (o ser) e a normatividade (o dever ser) não podem ser separadas no conceito de Constituição. Assim, a “constituição não normada” e a “normada” são conteúdos parciais da “constituição total”, a qual integra o “ser” e o “dever ser” constitucional. Nesse sentido, uma Constituição política é um “ser” cuja forma é dada pelas normas; já como situação política existencial, forma e ordenação concretas, ela só é possível porque os partícipes/membros consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que “deve ser” e o atualizam. Por meio do hábito, a forma de atividade ajustada à Constituição converte-se em conformação do seu próprio ser, apenas considerada como exigência normativa consciente e o indivíduo sempre aparece no Estado, influenciando decisivamente sobre a organização estatal, a qual penetra profundamente na vida pessoal do homem, formando assim o seu ser. Por isso, Hermann Heller diz que “*o Estado é uma forma organizada de vida cuja Constituição se caracteriza, não só pela conduta normada e juridicamente organizada dos seus membros, mas ainda pela conduta não normada, embora normalizada, dos mesmos.*”⁴⁰

Nesse sentido, normal é a conduta que concorda com uma regra de previsão baseada na observação do que acontece (comportamento de tal ou qual modo, obedecendo a fatores naturais e culturais) em determinados períodos de tempo, e isso é a normalidade puramente empírica da conduta

39 Id., *ibid.*

40 Id., *ibid.*, p. 297.

que constitui a infra-estrutura não normada⁴¹ da Constituição do Estado. Tal normalidade (regra empírica de previsão) tem que ser sempre reforçada e completada pela normatividade (norma valorativa de juízo), sendo que é sobre aquela infra-estrutura que esta se ergue, consistindo numa normalidade da conduta normada jurídica ou extrajudicialmente (costume, religião, moral, moda...)⁴²

O autor condenou a teoria dogmática por considerar a Constituição jurídica como uma formação normativa de sentido, mero dever ser, separada e emancipada da realidade social⁴³ inserindo, nesse contexto, a constituição escrita dos Estados modernos, a qual não pode, em seu entender, regular toda a estrutura do Estado em um documento escrito único, pois nela só podem figurar os preceitos jurídicos fundamentais e supremos da organização estatal (e não todos), em relação aos quais todas as normas jurídicas devem ser subordinadas e juridicamente derivadas.⁴⁴

Portanto há, para Heller, uma complexa conexão entre a Constituição e a realidade social total, a normalidade fática, expressando as relações de poder,⁴⁵ físicas e psíquicas e desempenhando funções “diretora” e “preceptiva”, freqüentemente decidindo contra o tradicional.⁴⁶ A constituição política total é formada, então, pela constituição não normada (realidade sócio-cultural) e pela constituição normada (normatividade jurídica e extrajudicial), as quais são seu conteúdo parcial e configuram elementos estáticos e dinâmicos, normalidade e normatividade, ser e dever ser.⁴⁷

Heller distinguiu, ainda, Constituição política total e Constituição jurídica isolada, sendo esta entendida unicamente como o conteúdo normativo jurídico destacado da realidade, ou seja, não um “ser”, mas um

41 Como já foi dito, o conteúdo parcial da Constituição total.

42 Cf. HELLER, Hermann. Op. cit., p. 298.

43 Idem, ibidem, p. 308.

44 Id., ibid., p. 319.

45 Aí percebe-se nítida influência de Lassalle, depreendendo-se a adesão de Heller ao conceito sociológico de Constituição, iniciado no século passado por seu compatriota Ferdinand Lassalle, “*porém uma adesão que não se fecha na contemplação do fenômeno no âmbito unilateral do ser, mas que leva em conta também o dever ser para chegar à cosmovisão integral ou plena em que se debate a criação constitucional.*” Cf. VANOSI, Jorge Reinaldo A. Op. cit., p. 112.

46 Cf. HELLER, Hermann. Op. cit., p. 298.

47 Idem, ibidem, p. 296.

“dever ser”. “A Constituição do Estado juridicamente normada é também expressão das relações de poder tanto físicas como psíquicas: enquanto conexão social de ação, a Constituição apresenta-se como objeto do método próprio das ciências do real. Em troca, a Ciência dogmática do Direito considera a Constituição jurídica do Estado como uma formação normativa de sentido, *relativamente separada e emancipada da realidade social*.”⁴⁸

Abordou também o tema da Constituição escrita, dizendo que a Constituição moderna não se caracteriza propriamente pela forma escrita, “*mas pelo fato de que a estrutura total do Estado deva ser regulada em um documento escrito único*”.⁴⁹

Por fim, Heller disse existirem duas concepções irreconciliáveis e igualmente unilaterais acerca do fundamento de validade de uma Constituição estatal objetivada, a saber: segundo o normativismo de Kelsen, a “norma fundamental” representa a “origem lógica” da Constituição que, como hipótese jurídica, estabelece a “autoridade constituinte” e a Constituição recebe validade “jurídica” (e não lógica) de tal norma, advindo seu conteúdo do ato de vontade empírico da autoridade constituinte; já Carl Schmitt contrapôs a essa norma desprovida de poder, válida lógica e não juridicamente, “o poder sem norma, carente por completo de validade”, pois para ele a Constituição “positiva” não é algo absolutamente normativo, valendo, sim, pela vontade política de quem a dá.⁵⁰

3 CONTRIBUIÇÃO DE HERMANN HELLER À TEORIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Vimos, acima, que Hermann Heller adotou uma posição intermediária entre as de Carl Schmitt e Hans Kelsen, ambos “executores testamentários do positivismo científico”⁵¹ e pode-se dizer que, ao integrar visão normativa e político-sociológica, contribuiu à ruptura do formalismo no estudo do direito, pois para ele os dois mundos (o do ser e o do dever ser) nunca aparecem isolados no fenômeno do Estado.

48 Id., *ibid.*, p/ 307. (o grifo é nosso)

49 Id., *ibid.*, p. 318.

50 Id., *ibid.*, p. 325.

51 Conforme expressão de Gerhart Niemeyer, usada em 1934, no prólogo à obra máxima de Hermann Heller, qual seja, *Teoria do Estado*. Op. cit., p. 9.

Toda a construção deste trabalho, porém, só tem sentido se atrelada a um outro tema de “Teoria Constitucional”, qual seja, o da “Interpretação Constitucional”. E, conforme anunciado na Introdução, o fazemos na expectativa de que os pressupostos ou fundamentos da concepção de Constituição desenvolvida por Hermann Heller possam contribuir em novos processos hermenêuticos, incluindo valores, podendo configurar-se como um aspecto dogmático a apontar soluções aos problemas sociais enfrentados pelas Constituições, ou em sentido mais amplo, pelos ordenamentos jurídicos da maioria dos países ocidentais que adotam a forma de Constituição escrita ou mista.

Assim, atendendo aos propósitos do presente estudo, abordaremos⁵² o tema da interpretação constitucional e, para tanto, utilizaremos como aporte teórico a obra de Carlos Maximiliano,⁵³ intitulada “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, a qual é considerada, no Brasil, como clássica na abordagem do assunto.

Interpretação, hermenêutica jurídica e aplicação do Direito

Antes, porém, de entrarmos especificamente no tema da interpretação da Constituição, fazem-se necessárias algumas palavras acerca da hermenêutica em geral e da aplicação do Direito, nos seus aspectos intimamente relacionados com a ciência do intérprete.

Esclarece Carlos Maximiliano que a Interpretação é a aplicação da Hermenêutica, já que esta descobre e fixa os princípios reguladores daquela, sendo a “teoria científica da arte de interpretar”. A Hermenêutica Jurídica “*tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.*”⁵⁴ Esta determinação no “sentido” e do “alcance das expressões do Direito” é a

52 E o faremos em linhas gerais, talvez sem a devida profundidade, escusada pela limitação espacial deste tipo de trabalho.

53 Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (costumava assinar apenas Carlos Maximiliano) viveu de 1873 a 1960. A obra referida foi por ele publicada em 1924 e versa sobre a interpretação do Direito Civil, contendo também sínteses dos preceitos regentes da exegese de Atos Jurídicos, Direito Constitucional, Comercial, Criminal e Fiscal.

54 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 1.

interpretação, pois sendo as leis formuladas em termos gerais, sem descer às minúcias, o executor das mesmas tem como tarefa primordial pesquisar a *“relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão.”*⁵⁵

Já a aplicação do Direito consiste em enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada e pressupõe a Hermenêutica, porém dela não prescinde. A Hermenêutica tem por objeto apenas a lei e constitui-se em meio para atingir a aplicação, i.e., é um momento da atividade do aplicador do Direito; já a Aplicação tem dois objetos, quais sejam, o Direito (no sentido objetivo) e o fato. Em sentido amplo, a Aplicação abrange a crítica e a Hermenêutica, *“mas o termo é geralmente empregado para exprimir a atividade prática do juiz, ou administrador, o ato final, posterior ao exame da autenticidade, constitucionalidade e conteúdo da norma.”*⁵⁶

Por fim, interpretar *“é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.”*⁵⁷ Daí que tudo é interpretado: desde conceitos e intenções, fatos e indícios, até o próprio silêncio e interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente esclarecer o respectivo dizer, mas, sobretudo, *“revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”*.⁵⁸

Interpretação Constitucional – preceitos observados

Após as noções preliminares enunciadas *supra*, e com a ressalva de que as regras ou preceitos interpretativos variam conforme o ramo do Direito, passamos, agora, ao exame específico da interpretação constitucional. A técnica da interpretação muda conforme se tratam de disposições ordinárias ou constitucionais, justamente porque estas são, por natureza, de

55 Idem, ibidem. (grifamos)

56 Id., ibid., p. 9.

57 Id., ibid.

58 Id., ibid., p. 10. (grifamos)

alcance mais amplo e redigidas de modo sintético, em termos gerais, sendo que, “quanto mais resumida é uma lei, mais geral deve ser a sua linguagem e maior, portanto, a necessidade, e também a dificuldade de interpretação do respectivo texto.”⁵⁹

Apesar de ter mais força que as outras, a Constituição também é uma lei, sendo então utilizados, para a “inteligência” dos dispositivos da mesma, os processos e regras comumente usados para o Direito Privado (como o elemento filológico, o histórico, o teleológico e os fatores sociais); porém, pelo fato, aludido acima, de abranger vasta matéria em um complexo restrito, nem sempre as dúvidas são resolvidas ou atingido o preciso alcance das disposições escritas.

Carlos Maximiliano expôs alguns preceitos usados na exegese exclusiva do Direito Público, sendo que algumas regras interpretativas das leis ordinárias têm uso particular no caso do “estatuto básico”.

No tratamento dispensado ao tema da interpretação constitucional, o autor apresenta dezoito pontos, dos quais citaremos aqui apenas os que mais interessam, tendo em vista os objetivos deste trabalho: VIII – O elemento histórico auxilia a exegese do Código básico, *i.e.*, a história da Constituição e a de cada um dos seus dispositivos contribuem para a interpretação do texto respectivo; X – A Constituição aplica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram, cumprindo ao legislador e ao juiz, ao invés de revelar inconstitucionalidades, enquadrar institutos modernos na letra do texto antigo; XV – Aplica-se à exegese constitucional o processo sistemático de Hermenêutica, e também o teleológico (assegurada a este a preponderância), bem como a jurisprudência (sobretudo a da Corte Suprema), os precedentes parlamentares, os fatores sociais e a apreciação do resultado; XVII – A Constituição é a lei suprema do país, não prevalecendo quaisquer atos contra a sua letra ou o seu espírito.⁶⁰

Possível contribuição de Hermann Heller à interpretação constitucional

Especificamente no tocante à interpretação constitucional, a contribuição de Heller dá-se em termos de princípios éticos do Direito.

⁵⁹ Id., *ibid.*, p. 304.

⁶⁰ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, pp. 306-315.

Dentro da concepção constitucional de Hermann Heller aparece a Constituição não normada que, juntamente com a Constituição normada (jurídica e extrajudicialmente), forma a Constituição total do Estado, conforme especificamos na altura própria. Para que a Constituição normada juridicamente tenha validade, necessita ser permanentemente complementada pelos elementos constitucionais não normados, bem como também pelos normados não juridicamente. Aqueles constituem as regras do “ser”, as quais, mesmo sem normação, intervêm preponderantemente na determinação do conteúdo normativo da Constituição e estes se apresentam como normatividades extrajurídicas que atuam decisivamente – enquanto princípios gerais de Direito – para a validade e fixação de conteúdo das normas constitucionais.

Tais princípios gerais de Direito não são os “lógicos”, como bem assevera Heller, mas os “éticos”, *“legitimados pela sociedade, às vezes não autorizados pelo Estado e mesmo expressamente condenados, em ocasiões, por ele (sic)”*.⁶¹ Importantíssimos para a existência da Constituição do Estado, não têm a suficiente concreção para serem aplicados como normas imediatas para a decisão judicial, mas atuam como normas sociais de ordenação na Constituição jurídica do Estado, *“assim como também enquanto regras interpretativas para a decisão judicial”*.⁶²

Portanto, justamente na observação destes princípios “éticos” de Direito, legitimados pela sociedade, é que reside a contribuição de Hermann Heller à “teoria da interpretação constitucional”, já que, para ele, as normas sociais complementam as jurídicas. E frisa: *“Sem esse apelo aos princípios do Direito, inclusive nos casos em que o legislador não se recorre expressamente a eles, não se pode compreender nem interpretar nem aplicar a maioria dos preceitos positivos do Direito constitucional.”*⁶³

A Constituição diz muito pouco quando se prescinde da normalidade social positivamente valorada, uma vez que a maioria dos seus preceitos jurídicos e, *“sobretudo, os mais importantes, adquirem unicamente um sentido praticável quando se põem em relação com os princípios jurídicos que são expressão da estrutura social”*,⁶⁴ justamente porque não é possível que

61 Cf. HELLER, Hermann. Op. cit., p. 302.

62 Idem, ibidem, p. 303. (grifamos)

63 Id., ibid., p. 304. (grifamos)

64 Id., ibid.

todo o Direito seja compreendido na letra dos preceitos jurídicos positivados. Assim, a falta de determinação do conteúdo capacita os princípios jurídicos a terem função perpétua na Constituição, no sentido de que a permanência da norma possa ser harmonizada com a mudança ininterrupta da realidade social, devido, grande parte, à transformação da normalidade social, expressa nos princípios jurídicos mutáveis, “*que vêm a ser a porta por onde a realidade social valorada positivamente penetra todos os dias na normatividade estatal.*”⁶⁵

Considerações finais

Dentro da pluralidade de possibilidades conceituais a respeito do que é uma Constituição, envolvendo uma diversidade de tipologias díspares, analisamos, mesmo em linhas gerais, as que se enquadram no “sociologismo”, no “voluntarismo decisionista”, e no “dever-ser da teoria pura”. E o fizemos para chegarmos ao esforço dialético e pleno de Hermann Heller, o qual intentou unir o mundo do ser e o do dever ser. Isso quer dizer que, para Heller, a Constituição só poderia ser entendida em uma acepção total e o seu conceito de Constituição política total abarcou dois elementos imprescindíveis para tal “totalidade” (a “constituição não normada” e a “constituição normada”). Frisa-se que Heller retomou o conceito sociológico de Constituição firmado por Lassalle (“soma dos fatores reais de poder”) e completou-o, unindo o mundo do ser com o do dever ser.

Por sua vez, a Constituição normada pode sê-lo jurídica e extrajudicialmente e esta normação extrajudicial consiste em “princípios éticos de direito”, tais como o costume, a moral, a religião, a urbanidade e a moda. “*Estes princípios são imprescindíveis como normas sociais de ordenação e como coadjuvantes no trabalho interpretativo dos juízes.*”⁶⁶

Com o intuito de fazer uma ponte entre o dito por Carlos Maximiliano e por Hermann Heller sobre a interpretação constitucional, demonstramos ser possível que as idéias deste último contribuam ou possam contribuir nos processos interpretativos constitucionais. Assim, cremos que a ponte

65 Id., *ibid.*, p. 305.

66 Cf. VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Op. cit.*, p. 106.

de ligação entre os dois teóricos dá-se justamente na questão da atualização do texto constitucional pela realidade social, via os princípios éticos acima referidos. E tais princípios podem ter interligação, segundo nosso entendimento, com pelo menos dois dos preceitos observados pelo intérprete constitucional, apregoados por Carlos Maximiliano e enumerados acima sob os “itens X e XV”, quais sejam: “a Constituição aplica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram, cumprindo ao legislador e ao juiz, ao invés de revelar inconstitucionalidades, enquadrar institutos modernos na letra do texto antigo” e “aplica-se à exegese constitucional o processo sistemático de Hermenêutica, e também o teleológico (assegurada a este a preponderância), bem como a jurisprudência (sobretudo a da Corte Suprema), os precedentes parlamentares, os fatores sociais e a apreciação do resultado”.

Através da observação de tais procedimentos o texto constitucional será, através de sua interpretação conforme principalmente os fatores sociais, mantido permanentemente atualizado, contribuindo para a permanência da própria Constituição, independentemente do passar do tempo e das pessoas, conforme enunciou o próprio Hermann Heller em sua teoria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional e Instituições Políticas*. Bauru/SP: Jalovi, 1986, 219 p.
- HELLER, Hermann. A Constituição do Estado. In: *Teoria do Estado*. Tradução por Prof. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 295-327. Tradução de: Staatslehre.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. Tradução por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991, 371 p. Tradução de: Reine Rechtslehre.
- . *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2. ed. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992, 433 p. Tradução de: General Theory of Law and State.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Tradução original por Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, 49 p. Tradução de: Über die Verfassung.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, 426 p.

- SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Tradução por Álvaro L. M. Valls. Petrópolis/RJ: Vozes, 1992, 151 p. tradução de: Der Begriff des Politischen.
- . *Teoría de la Constitución*. México: Nacional, 1981, 457 p.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 1994, 768 p.
- . *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed., rev. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 01-258.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1975, 666 p.