

# SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA

*Márcio Luiz Coelho de Freitas*

O ordenamento jurídico, de um ponto de vista eminentemente formal, pode ser descrito como um conjunto de normas (enunciados do tipo “dever-ser”) que impõem, proíbem ou autorizam certas condutas pela imposição de sanções àqueles que desobedecem a seus preceitos. Esse sistema é formado por normas de graus diversos, que se encadeiam de forma a conferir-lhe legitimidade e uma certa coerência interna.

Didaticamente, diz-se que o ordenamento pode ser representado pela figura de uma pirâmide, no topo da qual está a Constituição, norma fundamental que rege a produção de todo o ordenamento jurídico. Diz-se, assim, que a Constituição é a “pedra angular” do ordenamento jurídico, de modo que todas as demais normas (leis complementares, leis ordinárias, decretos administrativos, entre outros) a ela devem adequar-se e nenhuma pode contra ela dispor, isso porque a Constituição tem como fonte de validade um poder supremo e ilimitado, o poder constituinte originário, enquanto toda a outra norma, como cediço, tem seu fundamento de validade na própria Constituição, de modo que, se dela se afastarem, deixam de ter valor jurídico. É nisso que consiste o princípio da supremacia constitucional: a cominação de ineficácia e invalidade a todas as normas produzidas de forma contrária ao preceituado na Constituição, ou cujo conteúdo atente contra matéria nela regulada.

Tem-se, assim, que a supremacia constitucional possui duas vertentes, a formal e a material, de modo que a própria organização do ordenamento jurídico pode ser compreendida de duas formas: a partir dos conteúdos normativos ou a partir das regras de competência nele inseridas, criando dois subsistemas, aos quais Kelsen, em sua *Teoria pura do direito*, chamou, respectivamente, de sistema estático e sistema dinâmico.

Suponha-se, por exemplo, que alguém requeira ao órgão municipal competente uma autorização para construir. Suponha-se, ainda, que a autorização seja negada porque o projeto esteja violando o Código de Posturas do município. Questionada pelo cidadão a validade do indeferimento do seu pedido, a resposta poderia seguir duas linhas distintas.

Em uma, poderia ser sustentada a negativa, tendo-se em conta que o projeto apresentado contraria o disposto no Código de Posturas; persistindo o cidadão, questionando a validade do Código de Posturas, chegar-se-ia à Lei Orgâni-

ca do Município, onde se prevê a elaboração do Código de Posturas; finalmente, se questionada a validade da Lei Orgânica, chegar-se-ia à Constituição, que outorgou aos municípios autonomia para elaborar sua Lei Orgânica. Note-se que, nessa hipótese, o encadeamento entre os diferentes diplomas normativos se faz por meio da adequação de seus conteúdos, que, em última análise, retiram sua força normativa da Constituição Federal, de modo que se pode afirmar que a própria Constituição possibilitou a proibição em tela. Esse modo de encadeamento das normas por meio de seus conteúdos é o que Kelsen chama de sistema estático, posto que procura relacionar as normas entre si como elementos de uma ordem em vigor.

De outro lado, poderia a justificativa do indeferimento basear-se na competência do chefe da repartição para apreciar pedidos de tal natureza; questionada a competência desse funcionário, seria apresentado o decreto do Prefeito, atribuindo ao chefe daquela repartição tal competência; questionada a competência do Prefeito, chegar-se-ia à Lei Orgânica, elaborada pela Câmara de Vereadores, que confere ao Prefeito o poder de organizar os serviços administrativos; questionado quem teria atribuído aos Vereadores o poder de elaborar a Lei Orgânica, novamente se chegaria à Constituição Federal, elaborada pelo Poder constituinte originário. Nesse aspecto, toma-se como dado principal para a organização do sistema o momento de produção da norma, daí ser esse sistema chamado de dinâmico.

A distinção entre o sistema estático e o sistema dinâmico, ressaltando-se a circunstância de serem ambos duas faces da mesma moeda e elementos de igual importância na formação do fenômeno jurídico, permite que se ponham a claro alguns aspectos da supremacia constitucional freqüentemente menosprezados pelos operadores do Direito, em especial no que diz respeito à postura do intérprete ao deparar-se com os textos legais. É que, em nossa tradição jurídica, eminentemente positivista, seguindo o paradigma liberal-legal, os operadores do direito, de um modo geral, voltam suas atenções muito mais aos aspectos formais, em especial aos ligados à competência e procedimento, do que aos aspectos materiais das normas, de modo que os vícios formais são facilmente notados, enquanto, muitas vezes, normas cujos conteúdos estejam em evidente contradição com dispositivos constitucionais, continuam a ser aplicadas sem que sua validade seja questionada.

Nesse ponto, há que se fazer algumas anotações acerca da atividade interpretativa, isto é, dos processos mentais de que o operador do direito lança mão para atuar. A doutrina tradicional é quase unânime em afirmar que, ao deparar-se com um texto legal, a primeira coisa que deve o intérprete fazer é estabelecer o sentido e o alcance das palavras do texto, realizando a chamada interpretação gramatical, para, somente depois, na hipótese de haver possibilidade de mais de uma interpretação, utilizar-se dos métodos lógico (em que se perquire o sentido das diversas locuções e orações constantes do texto, estabelecendo conexões lógicas entre os mesmos), teleológico (no qual se leva em conta não somente a norma a ser interpretada, mas todo o sentido do texto no qual ela está inserida), sistemático (em que o sentido da norma é estabelecido por seu cotejo com outras normas integrantes do

sistema) e histórico (em que se indagam as condições e o momento da elaboração do texto legal) para chegar-se, finalmente, ao sentido unívoco que deve ter a norma a ser aplicada pelo intérprete.

Esse método, que deita raízes em Emilio Betti e, no Brasil, tem em Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e interpretação do Direito*) seu maior expoente, tem sido quase unanimemente preconizado como a atividade por excelência do jurista, que deve limitar-se a extrair dos textos legais seu sentido único. Essa quase obsessão dos operadores do direito pelo estabelecimento de um sentido único para as leis, pela produção de “standards” ideológicos que serviriam de instrumento de trabalho do operador do Direito deixa transparecer a forte presença da dicotomia sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência, em que o papel da linguagem é relegado a segundo plano, servindo apenas como veículo para transmitir as “verdades” descobertas e pecando, justamente, por partir do pressuposto de que a interpretação se realiza de maneira isenta e sem influências, possibilitando um conhecimento objetivo do texto.

De fato, já há algum tempo, tem-se observado a incursão da filosofia sobre o campo da linguagem, que deu azo a um fenômeno epistemológico denominado “reviravolta lingüística” (Cf. Lenio Streck, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*), que fez ruir as bases do paradigma da filosofia da consciência e em seu lugar construir o paradigma da filosofia da linguagem, que parte da constatação de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo. De fato, pode-se afirmar que “(...) o acesso a algo nunca é direto e objetivante, o acesso a algo é pela mediação do significado e do sentido” (Ernildo Stein, *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*) e, assim, no lugar de um sujeito solitário, que constitui seus objetos, emerge a idéia de um conhecimento mediado pela linguagem. Como afirma Lenio Streck (Op. Cit. p. 153), citando Manoel Carrilho, “a viragem (reviravolta) lingüística do pensamento filosófico do séc. XX vai centrar-se justamente na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo, que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura lingüística. Passa-se, enfim, à inexorabilidade da mediação lingüística, onde a hermenêutica e a pragmática passam a ocupar o centro do palco”.

Partindo-se dessa concepção da linguagem não como mero veículo do conhecimento, mas também como instância produtora, tem-se que não existem normas unívocas e com um sentido e alcance que precisa apenas, ser “descoberto” pelo intérprete. Na verdade, em termos lingüísticos, o que existe é tão-somente aquilo que alguém diz que são normas produzidas pelo poder. Aquilo com que o operador do direito se depara nada mais é do que um texto que, em virtude de certas convenções, chamamos de “jurídico”. Também é em virtude dessas convenções que se faz a “interpretação” desses textos legais e que se extraem deles os enunciados a que chamamos “normas”. Os textos de onde se extraem as normas não têm um

sentido unívoco e definido, sendo possível até mesmo questionar até que ponto as normas já estavam no texto ou foram ali inseridas pelo intérprete, numa verdadeira atividade de criação.

Nesse sentido, tem-se que, na verdade, as normas nada mais são do que agrupamentos de significantes (palavras), que somente fazem sentido ao se reportarem a outros significantes, gerando uma teia que se estende para além dos limites do nosso consciente. Esta "teia de significantes" somente possui um significado provisório, que é forjado a partir de valores culturais e sociais que circundam o momento de produção dos significantes e que lhe emprestam, provisoriamente, algum significado. (Cf. Oscar Correias, *Derecho alternativo: elementos para una definición*, Acadêmica, 1993).

A rigor, pode-se afirmar que toda atividade interpretativa encerra em si uma atividade de criação, da qual não pode o operador do direito afastar-se. Abdicar da realização dessa atividade interpretativa criadora do Direito nada mais é do que simplesmente aceitar, de forma passiva e a-crítica, a interpretação já realizada, isto é, o sentido e o alcance que foram dados à norma por outrem, no mais das vezes pelos cultores do *establishment* jurídico-dogmático brasileiro, que assim criam aquilo que Luiz Alberto Warrat chama de "senso comum teórico dos juristas", uma série de padrões e definições interpretativas que, a rigor, servem muito mais para manter o *status quo* do que para assegurar a correta aplicação da Lei e a concretização do Direito.

Evidente que a aceitação de um mundo jurídico, em que não há muito espaço para a atividade criadora por parte dos intérpretes, é muito mais segura e confortável, já que os operadores do Direito, que cometem a heresia de discordar dos padrões "oficiais" de interpretação, em especial quando tal discordância visa a favorecer as classes e grupos oprimidos, são rapidamente condenados à "fogueira". É o que acontece, por exemplo, com os juristas que defendem o chamado "direito alternativo", liminarmente desqualificados pela grande maioria dos operadores sem que, nem ao menos, tenham suas idéias seriamente analisadas.

Na realidade, porém, de um ponto de vista estritamente científico, não há como ser negado o caráter criativo da interpretação. Tal realidade é tão evidente, que mesmo o jurista mais cultuado pelos operadores do direito de orientação conservadora, Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, ao tratar da hermenêutica, criou o que ele chamou de "metáfora da moldura de significados".

Para Kelsen, na atividade interpretativa, o direito a ser aplicado a partir de uma norma formaria um quadro, em cujo interior existiriam várias possibilidades de aplicação. Todo ato que se mantenha nos limites desse quadro, em qualquer sentido, estaria de conformidade com o Direito. A interpretação, assim, seria não a fixação do sentido e do alcance da norma, mas sim, dessa moldura de significados. A opção do operador do direito por um dos sentidos atribuíveis à norma é

um ato de vontade e não um ato de conhecimento, por isso Kelsen afirma ser perfeitamente possível que a escolha do aplicador recaia sobre um significado estranho ao quadro delineado pelos cientistas do Direito.

Tem-se, assim, que a aplicação da lei pressupõe, sempre e necessariamente, uma tomada de posição ético-política, realizada no momento em que o operador escolhe, com base em seus valores sociopolíticos e culturais, o sentido a ser atribuído a essa norma. Esse sentido pode ser fixado de forma heterônima (pela simples repetição do sentido já consagrado pelo senso comum teórico dos juristas) ou de forma autônoma, com base em uma reflexão consciente do intérprete. Só não pode é ter sua existência negada. Nesse sentido, como Lenio Streck (Op. Cit. p. 74), pode-se concluir que

*O processo interpretativo hermenêutico tem (deveria ter) um caráter produtivo, e não meramente reprodutivo. Essa produção de sentido não pode, pois, ser guardada sob um hermético segredo, como se sua **holding** fosse uma abadia do medievo. Isso porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais são as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e oculta(da)s, aparecem, no âmbito do discurso jurídico-dogmático, permeado pelo respectivo campo jurídico – como se fossem provenientes de um “lugar virtual”, ou de um “lugar fundamental”.*

*É preciso ter claro que as palavras da Lei não são unívocas, são plurívocas. O elo (imanência) que “vinculava” significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem lingüística ocorrida no campo da filosofia. (...) Daí que, pelo processo interpretativo, o jurista não “reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da Lei, mas cria o sentido que mais convém a seu interesse teórico e político”.*

Não obstante, o caráter criativo da interpretação tem sido severamente combatido por inúmeros juristas, alegando que aceitar tal idéia seria abrir as portas para uma espécie de “ditadura do Judiciário”, ferindo-se de morte o princípio da segurança jurídica, outro dos pilares do Direito. Tal crítica, entretanto, não pode ser aceita sem restrições. Primeiro, porque afirmar que a atividade interpretativa possui também um papel de criação do Direito não significa defender a idéia do “Direito livre”, em que se admitiriam interpretações até mesmo *contra legem*. A interpretação somente pode ser feita dentro dos limites traçados pela norma; segundo, porque o campo possível de interpretação é também balizado pelos limites traça-

dos pela Constituição, a dizer, os valores constitucionalmente erigidos em princípios nucleares do sistema são (devem ser) o ponto de partida para qualquer interpretação.

De fato, do que até agora foi exposto, conclui-se que 1) a Constituição, como pedra angular do ordenamento jurídico, é fonte de validade de todas as normas, dispondo acerca da forma de produção normativa, tanto em nível da definição de procedimentos e do estabelecimento da trama de competências (sistema dinâmico), quanto em nível de conteúdos, balizando o campo possível de elaboração normativa (sistema estático); 2) a atividade interpretativa sempre parte de uma tomada de posição ético-política, consubstanciada na definição do sentido a ser conferido a um dado diploma legal.

A conjugação dessas duas idéias leva à noção de que a atividade interpretativa, sendo também instância de produção normativa, num sistema jurídico que confere à Constituição o *status* de norma fundamental, não pode partir somente de valores aleatoriamente escolhidos pelo intérprete, especialmente quando a própria Constituição expressamente diz quais são os valores fundamentais a serem levados em conta, não só pelo legislador, mas também (ou até principalmente) pelo operador do Direito. O campo possível de interpretação de qualquer ato normativo (leis, decretos, entre outros) é necessariamente balizado pelos valores eleitos pela Constituição como fundamentais para o ordenamento jurídico. Numa linguagem kelseniana, pode-se afirmar que a moldura de significado que envolve todo ato normativo é, de certa forma, estreitada pelos conteúdos existentes na Constituição, em especial aqueles que são diretamente dirigidos à interpretação, como os fundamentos da República, constantes do art. 1.º (v.g. a cidadania, a dignidade da pessoa humana) e os objetivos fundamentais da República, constantes do art. 3.º, (v.g. construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais).

Tem-se, assim, que toda interpretação que dê a uma norma um alcance que amplie as desigualdades sociais, por exemplo, é manifestamente inconstitucional, não sendo admissível, portanto, que os operadores do direito se abstenham de tecer juízos críticos acerca das conseqüências sociais da aplicação das leis, sob o pretexto de que, ao Judiciário, somente cabe a aplicação da lei. De fato, no atual regime constitucional, em que alguns valores expressamente foram eleitos pela Magna Carta como fundamentos de validade de todo o ordenamento jurídico, não há outra conclusão possível que não a total inconstitucionalidade de normas que violem tais valores ou mesmo de interpretações que visem a dar às normas um sentido e alcance que atentem contra quaisquer desses valores.

Não mais se pode admitir que os operadores do Direito, em especial aqueles encarregados da concretização das normas, como os juízes, ou da defesa do ordenamento jurídico e do regime democrático, como os membros do Ministério Público, fiquem passivos ante a contínua exclusão social muitas vezes estimulada por normas jurídicas elaboradas sob uma outra realidade constitucional. É preciso

que se tenha claro que a edição da Constituição de 88 modificou por completo todo nosso sistema jurídico, não sendo admissível que velhos diplomas legais como o Código Civil (de 1917), o Código Penal (de 1940), por exemplo, sejam aplicados sem que sejam objeto de uma releitura crítica com base na nova Constituição. Entretanto, o que se vê é uma interpretação da Constituição conforme as leis preexistentes, de modo a adequá-la aos conceitos já delineados pela doutrina, e não, como seria necessário, uma (re)interpretação das leis a partir da Constituição.

A Constituição de 1988 alterou radicalmente os fundamentos de todo o ordenamento jurídico brasileiro e não podem os operadores apegar-se cegamente às velhas fórmulas que já não encontram espaço na nova ordem constitucional. É urgente que os intérpretes redesenhem o tecido dos códigos à luz da Constituição. Só a título de exemplo, não há como se defender a aplicação dos velhos princípios atinentes à propriedade e à proteção dos direitos do proprietário em detrimento do cumprimento da função social da propriedade, agora de matriz constitucional. Não mais é admissível que novos institutos jurídicos criados pela Constituição, como o Mandado de Injunção e a substituição processual pelos sindicatos, por exemplo, sejam redefinidos e esvaziados por interpretações manifestamente contrárias aos princípios constitucionais.

Cumpra, assim, aos operadores do Direito reconhecer o poder de criação inerente à atividade interpretativa, de forma que seja possível dar efetivo cumprimento aos princípios e fundamentos constitucionais, que não são meras declarações de princípio, meras normas "programáticas", a dependerem da atuação do legislador, mas normas jurídicas fundantes de todo o ordenamento, conferindo validade e legitimidade a todas as outras normas.

De um conto de Ítalo Calvino (*apud* Lenio Streck, p. 206), extrai-se uma história bastante elucidativa da atual condição dos juristas. Segundo ela, Alá ditava o Alcorão a Maomé, que, por sua vez, ditava para Abdula, o escrivão. Em dado momento, Maomé interrompeu uma frase, deixando-a sem conclusão. Instintivamente, Abdula sugeriu a conclusão a Maomé, que, distraído, aceitou como sendo palavra divina o que disse Abdula. Escandalizado com esse fato, o escrivão abandonou Maomé e perdeu a fé, pois não era digno de falar em nome de Alá. De um modo geral, nós, os operadores do Direito, portamo-nos um pouco como Abdula e sentimo-nos indignos de fugir do esquema interpretativo previamente estabelecido, até pela falta de consciência do poder criativo inerente à atividade interpretativa.

O rompimento com esse modelo, que somente foi capaz de gerar exclusão social, é talvez a mais importante missão dos atuais juristas, que devem lutar para dar efetividade aos princípios e fundamentos constitucionais, reduzindo o hiato existente entre a igualdade dos cidadãos perante a lei e a desigualdade da lei perante os cidadãos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional**, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 1989.
- COELHO, Fábio Ulhoa, **Para entender Kelsen**, São Paulo: Max Limonad, 1995.
- CORREAS, Oscar, **Derecho Alternativo: elementos para una definición**. In ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima (org.), *Lições de Direito Alternativo do Trabalho*. São Paulo: Acadêmica, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**. 20.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- FRANÇA, R, Limongi, **Hermenêutica jurídica**. 6.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 7.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992
- KELSEN, Hans, **Teoria Geral das Normas (allgemeine theorie der normen)**. Porto Alegre: Safe, 1986.
- MAXIMILIANO, Carlos, **Hermenêutica e aplicação do Direito**.
- STRECK, Lenio Luiz, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo, **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. In *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito – interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Safe, 1994.