

Divergências e convergências entre as teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse na interpretação dos direitos fundamentais

Differences and similarities between the theories of Rudolf Smend and Konrad Hesse on the fundamental rights' interpretation

Inês Alves de Sousa¹

Universidade Federal do Maranhão, Brasil
inesadesousa@hotmail.com

Manuel Fondevila Marón²

Universidade Internacional de la Rioja, Espanha
m.fondevila.m@gmail.com

Resumo

O presente estudo pretende analisar as divergências e convergências entre as teorias da constituição de Rudolf Smend e Konrad Hesse, especialmente no que se refere à interpretação dos direitos fundamentais. Considerando-se a relação entre o constitucionalismo e os direitos fundamentais, apresentam-se as ideias prevalentes nas duas teorias citadas no título, para, ao final, avaliar como as teorias de Smend e Hesse não são propriamente contrapostas, especialmente no que diz respeito à interpretação dos direitos fundamentais. A revisão de aspectos das duas teorias poderá ser útil na difícil tarefa de se dar maior eficácia a esses direitos.

Palavras-chave: constitucionalismo, direitos fundamentais, Rudolf Smend, Konrad Hesse.

Abstract

The main purpose of this study is to analyze the differences and similarities between the constitution's theories of Rudolf Smend and Konrad Hesse with a particular attention to the interpretation of fundamental rights. Beginning with the strict connection between constitutionalism and fundamental right presenting the prevalent ideas

¹ Universidade Federal do Maranhão. Av. dos Portugueses, 1966, Vila Bacanga, 65065-545, São Luís, MA, Brasil.

² Universidade Internacional de la Rioja. Av. de la Paz, 137, 26006, Logroño, La Rioja, Espanha.

in the two theories and at the end evaluate how the theories of Smend and Hesse aren't exactly opposite and have many points in common, especially on the fundamental rights interpretation. The review of aspects of the two theories may be useful in the difficult task of giving greater effect to these rights.

Keywords: constitutionalism, fundamental rights, Rudolf Smend, Konrad Hesse.

Introdução

Fazer uma abordagem das teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse, discorrendo sobre as propostas desses dois autores quanto à interpretação dos direitos fundamentais é o que se pretende no presente artigo. Para tanto, a ligação entre o tema do constitucionalismo e a teoria dos direitos fundamentais é o primeiro item explorado, a partir da perspectiva histórica de desenvolvimento desses direitos. O último item se refere à contribuição das teorias concretista e científico-espiritual ou integrativa, na interpretação dos direitos fundamentais.

Com esta análise, busca-se o aprofundamento de certas concepções sobre essas teorias, que de tão repetidas na doutrina e cursos de direito constitucional, requerem um melhor tratamento, que permita compreender a importância do pensamento de Smend e de Hesse, seu discípulo. Para o aprofundamento da teoria integrativa serão utilizadas as obras do próprio Smend, bem como de autores como Pablo Lucas Verdú e Joaquín Brage Camazano. Apesar da obra de Smend não ser extensa, esta análise foi possível principalmente a partir dos ensaios sobre a liberdade de expressão, de ciência e de cátedra produzidos pelo autor e traduzidos por Camazano.

A influência da teoria dos valores de Rudolf Smend resta patente, bem como as diversas críticas formuladas por doutrinadores como Kelsen e Schmitt. A idéia, então, prevalente no presente artigo é revelar pontos em comum nas teorias concretista e integrativa, pontos estes que são desprezados pela doutrina brasileira, e ao final compreender como estes podem contribuir para a superação de obstáculos à concretização da constituição e dos direitos fundamentais.

Constitucionalismo e direitos fundamentais

Assim como o termo constituição, a expressão constitucionalismo apresenta variados significados, que guardam diferentes inspirações culturais e ideológicas, o que leva Canotilho (2003) a afirmar que não há um

constitucionalismo, mas vários constitucionalismos ou movimentos constitucionais. Devido a tais tendências é que contemporaneamente se divide a história do constitucionalismo ocidental em duas fases: a liberal, que se estende do século XVIII às primeiras décadas do século XX e a social, que inicia na segunda década do século XX e vai até a última década deste século (Galindo, 2006).

Por tal divisão, pode-se entender o constitucionalismo a partir de uma perspectiva que se refere ao direito constitucional como processo de promulgação e implementação da constituição, de mudanças ou rupturas político-constitucionais, de estruturação constitucional do Estado etc. (Galindo, 2006, p. 41). Bem assim, como uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos (Canotilho, 2003). Daí a sua aproximação com a teoria dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, que ao longo do tempo receberam diferentes denominações, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, serão então abordados numa perspectiva histórica e cultural. Os doutrinadores aqui estudados se referem a direitos fundamentais como um triunfo no desenvolvimento dos direitos humanos, quando foram, então, admitidos nas Constituições dos Estados europeus, por exemplo, mesmo que na prática não tenham desempenhado um papel considerável (Hesse, 2001).

Para doutrinadores como Schmitt (2011) os direitos fundamentais são considerados os elementos característicos do estado de direito na constituição moderna, uma vez que representam a limitação do poder estatal, obrigando-o ao reconhecimento das liberdades dos cidadãos, insculpidas no texto constitucional. Considera, então, uma estrita ligação entre o tema do constitucionalismo e a teoria dos direitos fundamentais.

Isso não significa, no entanto, que ambos os temas tenham a mesma origem. Loewenstein (1979), por exemplo, considera que as origens das liberdades individuais e do constitucionalismo são distintas, chamando a atenção para existência de modelos constitucionalistas na antiguidade, bem anteriores à noção de direitos fundamentais, no qual as liberdades dos

cidadãos só faziam sentido se atreladas à existência da própria comunidade política.

Conforme os seus ensinamentos, os pensadores políticos gregos, por exemplo, não diferenciavam ou não separavam completamente a personalidade humana ou os direitos individuais das dimensões da comunidade grega, da família etc.: “los griegos creyeron firmemente que la personalidad humana sólo podría desenvolverse plenamente cuando estuviese integrada y subordinada en el Estado omnipotente, y los pragmáticos políticos de Roma compartieron esta concepción” (Loewenstein, 1979, p. 393).

Ruipérez (2008, p. 12), partindo da lição de Pedro de Vega³, conclui que no mundo clássico a ideia de democracia, como um governo do povo, que detém o poder de criar, modificar ou extinguir a lei, a qual todos devem submeter-se, especialmente o governo, não pode ser explicada desde a ideia de liberdades individuais, pelas razões já esposadas por Loewenstein, de que a comunidade política estava alçada, na história dessas sociedades, a uma posição superior, divina e mistificada, que ofuscava os indivíduos.

Entretanto, para o autor espanhol, reconhecer que os direitos fundamentais e sua eficácia se deram a partir do constitucionalismo moderno, não autoriza desprezar as contribuições teóricas e práticas do período clássico, uma vez que já há nelas a preocupação com a liberdade do homem, preocupação esta que serve de inspiração para a compreensão dos direitos fundamentais mesmo nos dias atuais.

Feitas tais ponderações, mais coerente é falar-se não em um único momento, mas em alguns momentos e documentos históricos que revelam a origem dos direitos fundamentais. A *Magna Charta Libertatum*, de 1215, é referenciada como um desses documentos. Ela foi um pacto firmado entre o rei João Sem-Terra e os bispos e barões ingleses em um período conturbado. Com suas 63 cláusulas, versava sobre limitações do poder do Rei, especialmente do poder de criar impostos ou alterar as leis sem antes consultar o Grande Conselho, órgão que seria integrado por representantes do clero e da nobreza; versava também sobre maior acesso às cortes, cujos custos na época eram muito elevados.

Outro documento importante é a lei inglesa que instituiu o *Habeas Corpus Amendment*, de 1679, criada durante o reinado do Rei Charles II e que regulamenta o já existente instituto do *habeas corpus*, como garantia da liberdade individual contra a prisão ilegal, abusiva ou arbitrária.

O *Bill of Rights*, de 1688 foi a Declaração de Direitos votada pelo Parlamento inglês, a qual passou a constituir uma das Leis Fundamentais do Reino. Sua importância histórica se refere ao fato de que esta Declaração pôs fim, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, sendo que os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento (Comparato, 2015).

Schmitt (2011, p. 164), ao analisar todos os documentos acima, tem uma posição mais crítica sobre eles e considera que não tiveram originalmente o sentido de direitos fundamentais, sendo que para ele:

La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra. Aquí, en verdad, se indica el comienzo – fue emitida por el Estado de Virginia en 12 de junio de 1776, siguiéndole Pennsylvania (11 de noviembre de 1776) y otros; pero no todos los trece Estados de la Unión emitieron tales declaraciones (Schmitt, 2011, p. 164).

Esclareça-se, por oportuno, que a Constituição Federal Americana de 1787 foi aprovada sem conter nenhuma declaração expressa de direitos fundamentais, tendo-as incorporado posteriormente. A Declaração de Virgínia, a qual foi incorporada, continha em seu primeiro parágrafo o reconhecimento dos direitos de toda pessoa humana, os quais não poderiam ser alienados ou suprimidos por uma decisão política e o parágrafo 2º consagra o princípio de que todo poder emana do povo, sendo os governantes a estes subordinados (Comparato, 2015).

A Revolução Francesa de 1789, que foi sucedida por várias declarações, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, é apontada, juntamente com as Declarações americanas, como o marco da consolidação desses direitos. Segundo Comparato (2015, p. 128-130): “o estilo abstrato e generalizante distingue, nitidamente, a Declaração de 1789 dos *bills of rights* dos Estados Unidos”. Ele observa que os americanos estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a ideia de liberdade a outros povos. Já os revolucionários de 1789, pretendiam a extensão desses direitos para além de seus territórios.

³ A lição do professor Pedro de Vega, a qual faz referência Javier Ruipérez, foi exposta em conferência realizada na Sala de Atos Acadêmicos da Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid, em 11 de maio de 2006, intitulada *Republicanism and Democracy*.

Conforme Schmitt (2011), a Declaração consagra direitos como a liberdade, a propriedade, a segurança e o direito de resistência, mas não a liberdade de religião, nem a liberdade de associação. Ele observa que apesar de todas as conexões históricas, há distintos conteúdos nas Declarações Americanas e na Declaração Francesa, especialmente quanto ao conceito de cidadão e pelo fato de que esta dá continuidade o Estado nacional já existente, diferente do caso americano que erige, com as colônias americanas, um novo Estado sobre novas bases.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 representou a ruína do Antigo Regime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais. Dentre os direitos que consagrou, têm-se os direitos à igualdade e à liberdade.

Além da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, colocada como preâmbulo, a Constituição Francesa, aprovada em 3 de setembro de 1791, contém também a sua própria declaração de direitos, com importantes acréscimos em relação àquela. Dentre esses direitos acrescidos, cita-se os direitos humanos de caráter social.

Previu, assim, a criação de um estabelecimento geral de *Assistência Pública*, para educar as crianças abandonadas, ajudar os enfermos pobres e fornecer trabalho aos pobres válidos, que não tenham podido encontrá-lo. No último parágrafo do mesmo Título, determinou-se a organização de uma “Instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita no que concerne às partes do ensino indispensáveis a todos os homens” (Comparato, 2015, p. 99).

Cita-se, ainda, um importante documento que inaugura a primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional. A Convenção de Genebra de 1864, que introduz o que se convencionou chamar direito humanitário em matéria internacional; isto é, o conjunto das leis e costumes da guerra, visando a minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico (Comparato, 2015).

Menciona-se também a Carta Política mexicana de 1917, que foi a primeira Constituição a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123) e a Constituição weimariana, de 1919, cuja importância histórica para o constitucionalismo e a teoria dos direitos fundamentais resta expressa no item 3, do presente estudo.

Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações, nomen-

clatura que, vem sendo bastante criticada, dado que o termo “gerações” pressupõe certa sobreposição e hierarquia de direitos, além de uma interpretação linear e evolutiva da história.

Feitas tais advertências, têm-se que a primeira geração diz respeito aos direitos abrangidos nas revoluções americana e francesa. Referem-se às liberdades individuais, os quais requeriam uma abstenção do Estado. Contudo, como esclarecido por Mendes (2013), os direitos fundamentais contêm, além de uma proibição de intervenção, um postulado de proteção. Ou seja, os direitos fundamentais requerem além da proibição de não limitação indevida pelo Estado, uma necessária proibição de proteção insuficiente. Assim, é correto falar em providências estatais que visem à efetivação dos direitos fundamentais.

Outra categoria de direitos são os denominados direitos sociais ou direitos de segunda geração, que se desenvolveu a partir das pressões decorrentes da própria industrialização, do crescimento demográfico e das disparidades sociais, a exigir do Estado um papel mais ativo na efetivação e concretização de direitos.

Por outro lado, os direitos de terceira geração são aqueles direitos mais abrangentes, cuja titularidade é difusa ou coletiva, e que se referem ao direito à paz, à qualidade do ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural etc. (Mendes, 2013, p. 138).

As teorias da constituição e do estado de Rudolf Smend e Konrad Hesse

Carl Friderich Rudolf Smend é um dos maiores juristas cultivadores do direito público do século XX. Nasceu em 15 de janeiro de 1882, em Basilea, e morreu em Gotinga, em 5 de julho de 1975. Smend, com sua obra *Constituição e Direito Constitucional (Verfassung und Verfassungsrecht)*, é apontado como um dos principais autores responsáveis pela delimitação de uma teoria autônoma da constituição na década de 20, do século XX, juntamente com Carl Schmitt (“Teoria da Constituição”). Esses autores trouxeram o arcabouço teórico para o desenvolvimento da segunda fase do constitucionalismo, denominada de constitucionalismo social, a qual foi antecedida por um período de intensas críticas ao Estado Liberal, formuladas especialmente por Lassalle, Heller e Kelsen (Galindo, 2006).

Para compreender a teoria de Smend, faz-se necessário revisar o contexto histórico da República de Weimar e sua Constituição, república esta surgida após o fim da I Guerra e cuja constituição foi promulgada

em 1919. Neste momento, instala-se um forte debate constitucional sobre qual é o papel da constituição em um Estado de Direito A jovem República, de herança monárquica, na qual a sociedade estava dividida em estamentos, convivia de outro lado com uma economia de mercado já avançada, e foi atravessada por um parlamentarismo em 1918.

Lucas Verdú (1987) se refere à Weimar como um ponto de referência doutrinal e prática, essencial para o direito constitucional. Quanto à democracia daquela República, a considera como improvisada, não resultante de um esforço político interno e que se deslegitimou pela assinatura do Tratado de Versalles, em junho de 1919, o qual encerrou a I Guerra, mas impôs à Alemanha uma série de obrigações frente aos outros países participantes da guerra.

A República surgiu num cenário de descontentamento, revolta da população, divisões políticas e enfraquecimento dos partidos. A constituição, nesse cenário, sofria a indiferença dos cidadãos. Não havia um sentimento constitucional na população. Não havia uma integração entre o Estado e o indivíduo.

A Constituição de Weimar inaugura no direito alemão a supremacia constitucional. Estipula um processo diferenciado de emendas e traça um catálogo de direitos fundamentais (proteção à maternidade, à saúde, ao desenvolvimento social da família, educação gratuita, assistência e previdência social aos trabalhadores).

Compreendido esse contexto, apresentaram-se de um lado os positivistas, como Kelsen (1998a), que defendia a “pureza do Direito”, ou seja, que este deveria ter a sua especificidade independente desta “problemática” política e social e de outro, os antiformalistas, como Smend, Schmitt e Heller que buscaram encontrar na Constituição a resposta para essa mesma problemática.

Surge a maior obra de Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), a qual fora traduzida para o espanhol em 1985 com o título *Constitución y derecho constitucional*. Segundo Lucas Verdú (1987), não pretende o estudioso desenvolver um esquema de uma teoria, mas sim, explicar seus pressupostos filosóficos.

Neste sentido é que apresenta um conceito substancial e dinâmico da constituição:

[...] la constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del estado, es decir, su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado, y la constitución

es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso (Smend in Lucas Verdú, 1987, p. 101).

Esta concepção coloca a constituição como um poder acima do Estado, a quem este deve se submeter, diferentemente do positivismo voluntarista de Laband, para quem a constituição é um ato de vontade estatal (Lucas Verdú, 1987). Destaca, portanto, o caráter político da Constituição, por meio de um processo permanente de renovação e progresso da vontade associativa.

A teoria do Estado de Smend considera não a anatomia (estrutura) do Estado, mas a sua fisiologia (funcionamento). Para ele, a base de uma teoria do Estado não se encontra em construções conceituais e sistematizadoras, nem em uma hermenêutica legalista, mas em uma fundamentação sociológica. Assim como Kelsen (1998b), rechaça a teoria convencional dos elementos do Estado (povo, território e poder), que considera esses elementos e a própria estrutura do Estado como corpóreos, tangíveis. Smend chama atenção para o fato de que o Estado é uma realidade espiritual, uma comunidade de valores, valores estes que em tese protegeriam o poder contra o risco de ser tomado por autocratas ou ditadores (Smend in Lucas Verdú, 1987).

Quanto ao território, segundo Smend a dinâmica estatal não é compreensível desde sua dependência geográfica ou física, salvo se considerarmos o território como objeto de vivências espirituais, como momento integrador da comunidade. Quanto ao elemento poder, rechaça a concepção normológica de Kelsen, ao reduzi-lo à realidade das normas jurídicas, e sua concepção especialista, ao considerar a sujeição pela hierarquia das normas (Smend, 1985).

Smend apresenta, então, sua teoria da integração, que não obstante sua complexidade, pode ser descrita de três modos: integração pessoal, material e funcional. A integração pessoal envolve o fenômeno político da liderança⁴. Os chefes de Estado representam a unidade política do povo, mas adverte que esta unidade não é em si mesma algo estático e firme, senão uma realidade cultural imersa na contínua dinâmica do espírito (Smend, 1985; Lucas Verdú, 1987).

Na integração material, estado e vida estatal se convertem em realidade por meio dos símbolos políticos (bandeira, hino, território etc.). Estes têm força integradora, pois seus conteúdos valorativos podem ser vividos pessoalmente (Smend, 1985). Os direitos fundamentais

⁴ Lucas Verdú chama de *líderazgo* o *caudillaje* os chamados líderes sociais, políticos ou militares.

também têm um papel na integração material. Esse papel será mais bem explorado nos capítulos seguintes.

Por fim, a integração funcional, relacionada aos instrumentos procedimentais que tendem a criar um sentido coletivo e integrador, como as eleições, as atuações parlamentares, a formação de governos e referendos, dentre outros elementos (Smend, 1985; Camazano, 2009).

Uma informação importante nesse cenário de disputa metodológica, é que Kelsen, rebatendo as críticas formuladas por Smend à sua teoria normativista, lança, em 1930, a obra *O Estado como integração: um confronto de princípios*, onde passa a examinar a teoria da integração, seus objetivos e resultados. Nas palavras de Kelsen, tal doutrina representou uma total falta de uniformidade sistemática e certa insegurança da concepção; crítica ainda um estilo de linguagem obscura, cujas ideias se baseiam em teorias estrangeiras. O livro é considerado um contra-ataque de Kelsen às críticas feitas por Smend à sua teoria do Estado. Kelsen o definiu como um trabalho que vai além dos limites da crítica, rumo a um confronto de princípios entre teoria normativa do Estado e a teoria da integração (Kelsen, 2003).

Considerando ou não as críticas de Kelsen, Smend retificou sua teoria depois de 1945, despreendendo-a de sua orientação antinormativa e passou a considerar a unidade do Estado como o resultado de um processo de atividade política consciente, de modo que para ele a constituição pode contribuir com o processo de integração, regulando-o:

[...] la Constitución puede contribuir al proceso de integración regulando el proceso político, asumiendo así su teoría de la integración una idea funcional del Estado y de la Constitución que estaba en congruencia con la tendencia fuertemente antipositivista después de 1945 en Alemania (Camazano, 2009, p. 108).

Já passando para Konrad Hesse, tem-se que o mesmo nasceu em 29 de janeiro de 1919, em Kaliningrado, Alemanha Oriental e morreu em 15 de março de 2005, em Freiburg. Hesse foi um jurista alemão discípulo de Smend que, de 1975 até 1987, exerceu a função de juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão, localizado em Karlsruhe.

A perspectiva de Hesse sobre a constituição é alternativa à concepção sociológica de Lassale, que rejeitava as doutrinas liberais do século XIX e, para tanto, distinguia constituições reais de constituições escritas (Miranda, 2011, p. 190). Para Lassale não bastaria, portanto, apresentar o conteúdo ou matéria concreta de uma constituição para compreender a sua verdadeira essência, que residiria nos fatores reais e efetivos de

poder dominantes em uma sociedade, sendo que a constituição escrita, quando não corresponde a tais fatores, está condenada a ser por eles afastada e, nessas condições, ou é reformada, para ser posta em sintonia com os fatores materiais de poder da sociedade organizada ou esta, com seu poder inorgânico, levanta-se para demonstrar que é mais forte, deslocando os pilares em que repousa a Constituição (Lassale, 1933).

Na concepção de Lassale (1933) a Constituição é vista como lei fundamental de uma nação e, assim, é uma força ativa que faz com que todas as demais leis sejam como são e não de outro modo. Essa força é constituída dos fatores reais e efetivos do poder. Assim, é que afirma que o monarca é parte da constituição, como também a aristocracia, a grande burguesia, os bancários, a classe operária etc. Ressaltando, desse modo, a dimensão social da constituição, a considera como a soma de todos esses fatores.

Esta posição doutrinária é contrária a posição normativista de Kelsen (1998a, 1998b), para quem a constituição é expressa como norma hipotética fundamental hierarquicamente superior, donde deriva toda a estruturação da ordem jurídica e estatal. Segundo esta visão, as normas, uma vez positivadas, estariam independentes de aspectos políticos ou sociológicos.

Segundo Miranda (2011, p. 189) os teóricos das teorias sociológicas da constituição (Lassale, Sismondi, até certo ponto Lorenz Von Stein) a entendem como: “conjunto ou consequência dos mutáveis fatores sociais que condicionam o exercício do poder; a constituição como lei que rege efetivamente o poder político em certo país, por virtude das condições sociais e políticas nele dominantes”.

Hesse (1998), por outro lado, defende que a constituição é a ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade. A sua função consiste em prosseguir a unidade do Estado e da ordem jurídica; a sua qualidade em constituir, estabilizar, racionalizar e limitar o poder e, assim, em assegurar a liberdade individual (Miranda, 2011, p. 194).

Hesse revela sua preocupação com a perspectiva histórica para a correta compreensão da constituição:

[...] só a consciência dessa historicidade permite a compreensão total e o juízo acertado de questões jurídico-político-constitucionais. Isso é algo que não pode oferecer uma teoria geral abstrata e insensível, que não enquadre a constituição na realidade político-social e nas suas peculiaridades históricas. Tampouco a compreensão histórica pode prescindir, sem mais, da justificação e da configuração teórica. Mas semelhante teoria há de estar referida ao ordenamento constitu-

cional concreto e à realidade que a Constituição está chamada a ordenar (Hesse, 2009, p. 2).

Segundo Hesse, os sentidos de uma constituição não podem ser compreendidos somente pelas normas que caracterizam os órgãos supremos do Estado, que estabelecem a forma de criá-los, suas relações recíprocas e suas áreas de influências, além da posição fundamental do indivíduo com respeito ao poder estatal. “Eles só se revelam a partir da consciência de outras funções – primárias – da constituição, que incumbem a ela na realidade vital de uma comunidade política moderna, além da função integradora e de sua função de diretriz jurídica” (Hesse, 2009, p. 21).

Para Hesse (2009), um processo de integração estatal não é algo dado, como se pressupõe em Jellinek. Para ele é algo que deve ser construído e mantido, assegurado no processo político de uma sociedade pluralista. O estado, compreendido como unidade política de ação fica condicionado ao êxito desse processo político de integração.

A manutenção dessa unidade política dependerá do grau de adesão do Estado. Os fatores apontados pelo autor como ligados a essa adesão podem ser extrajurídicos, como a tradição, o nível de consciência política ou os líderes, e, em medida não determinável exatamente, a adesão do Direito, dada a importância do ordenamento jurídico (Hesse, 1998).

Como se pôde observa, até aqui, nas teorias de Hesse e Smend tem-se o elemento da integração como um processo político do qual dependerá o êxito da própria unidade estatal. A seguir, se compreenderá como essas duas teorias se apresentam como métodos alternativos de interpretação constitucional, frente aos modelos já propostos Savigny e que ao longo do tempo mostraram-se insuficientes.

As teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse e a interpretação dos direitos fundamentais

Bonavides (2013), citando Javier Pérez Royo, no capítulo V, do seu *Curso de Direito Constitucional*, recorda que o Direito Constitucional tem sido um direito sem interpretação, até meados do século XX, e que só depois dos anos 50 é que se veio efetivamente falar de interpretação da Constituição.

Houve, assim, uma virada nos estudos constitucionais, uma vez que se passou da atenção exclusiva à organização do Estado (separação dos poderes, distribuição de competências etc.) para a preocupação com

o próprio conteúdo do texto Constitucional, sua parte substantiva de previsão de direitos e garantias. Assim, esses meios de interpretação constitucional oriundos da então denominada “Nova Hermenêutica do Século XX” são assim classificados pela doutrina: (a) A Tópica de Theodor Viehweg; (b) O Método Concretista de Konrad Hesse; (c) O Método Concretista de Friedrich Müller; (d) A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Peter Häberle; (e) O Método Científico – espiritual de Rudolf Smend.

Para o presente estudo, interessa fazer um recorte utilizando uma metodologia comparatista entre o método concretista, de Konrad Hesse e o método Científico – Espiritual ou integrativo, como denominado por Bonavides, de Rudolf Smend, a partir da seguinte conclusão feita pelo constitucionalista brasileiro:

Os intérpretes concretistas têm da Constituição normativa uma concepção diferente daquela esposta pelos adeptos de outros métodos, porquanto não consideram a Constituição um sistema hierárquico-axiológico, como os partidários da interpretação integrativa ou científico-espiritual, nem como um sistema lógico-sistemático, como os positivistas mais modernos. Ao contrário, rejeitam o emprego da ideia de sistema e unidade da Constituição normativa, aplicando um “procedimento tópico” de interpretação, que busca orientações, pontos de vista ou critérios-chaves, adotados consoante a norma e o problema a ser objeto de concretização. É uma espécie de metodologia positivista, de teor empírico e casuístico, que aplica as categorias constitucionais à solução direta dos problemas, sempre atenta a uma realidade concreta, impossível de conter-se em formalismos meramente abstratos ou explicar-se pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos (Bonavides, 2013, p. 497).

Desenvolvendo a pretendida análise, tem-se que a concepção de constituição de Smend é de uma constituição composta por um conjunto de distintos fatores integrativos, com distintos graus de legitimidade, sendo que esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é sua parte mais concreta (Bonavides, 2013).

Para o constitucionalista brasileiro, tem-se que a modernidade desse método interpretativo está nessa visão de conjunto, nessa premissa fundamental de que a Constituição há de ser interpretada sempre com um todo, com percepção global ou captação de sentido.

Como afirmado no primeiro item, para Smend os direitos fundamentais se inserem no processo de integração material do estado e se diferenciam da concepção genérica e abstrata dos direitos humanos.

Eles estão conectados com uma coletividade nacional, presos assim a valores que em conjunto representam a expressão jurídico-espiritual dessa nação (Bonavides, 2013).

Assim, Smend concebe que os direitos fundamentais têm várias facetas: de um lado pretendem regular uma série objetiva autônoma, ou seja, um sistema de valores, de bens, um sistema cultural; de outro lado se trata de um sistema nacional, o qual confere aos membros dessa comunidade um *status* material único, que os converte em um povo frente a outros povos; além disso, por seu conteúdo material, garantem legitimidade ao Estado e, por fim, incluem os valores das minorias e os compromissos (Smend, 2005).

Bonavides (2013) esclarece que em Smend os direitos fundamentais podem ter algum sentido técnico, mas não se reduzem a isto, pois não formam um sistema fechado como os sistemas que conformam os códigos civis ou processuais. O que, por outro lado, não retira sua validade. Defende, assim, que a interpretação dos direitos fundamentais seja específica ou peculiar, ou seja “se hace precisa una interpretación distinta de su contenido material y una nueva caracterización de sentido formal de su validez” (Smend, 2005, p. 24).

Segundo Camazano, em estudo preliminar da obra acima referenciada, a interpretação proposta por Smend para esses direitos prescinde do texto literal e é nesse sentido que Smend compreende o preâmbulo da Constituição. Para ele a importância jurídica dessas normas não está apenas no que literalmente está escrito.

Além disso, Smend (1985) critica a jurisprudência de caráter formalista, que colocava questões de organização e competência dos órgãos à frente de questões sobre a integração material, nas quais estariam incluso os direitos fundamentais. Esta seria para Smend uma posição jurisprudencial que não reconhece o papel e a importância desses direitos. Para ele: “Lo que las prescripciones sobre la forma del Estado y los colores expresan de manera simbólica, lo hacen los derechos fundamentales de forma directa. Tampoco esta tesis casa con la teoría tradicional del Derecho político” (Smend, 1985, p. 228).

Rechaça, assim, a teoria liberal dominante que reduz os direitos fundamentais à ideia de que seriam sinônimo do princípio da legalidade administrativa ou também como direito técnico especial. Com isso, já naquela época vê a necessidade de um tratamento novo ao problema da significação dos direitos fundamentais, o que envolve a compreensão dos dois dilemas ou contradições em que se achava a interpretação dominante desses direitos. O primeiro dilema se refere à pseudo-

-relação entre a pretensão de grande significação com a qual surgem os direitos fundamentais na constituição e a aparentemente pequena significação real que a investigação jurídica pode exigir para eles da constituição.

O segundo dilema diz respeito à relação de muitos direitos fundamentais com as chamadas relações de poder especial, que colocam a questão de como se pode fundamentar, frente à indiscutível pretensão de validade geral de muitos direitos fundamentais, a garantia necessária de “relações de dever especial”? (Smend, 2005, p. 5). Essas seriam as principais contradições, as quais a teoria liberal dos direitos fundamentais buscaria resolver. Para essa teoria, os direitos são vistos como direitos técnicos, insertos nos particulares âmbitos essenciais do ordenamento jurídico, em especial do direito administrativo, como se fossem normas tecnicamente incompletas de reforma destes âmbitos especiais:

La opinión general ve en los derechos fundamentales, al menos en su contenido clásico, principalmente una formulación especial del principio, de por sí evidente, de legalidad, que rige el actuar de la Administración pública. De acuerdo con esto, se tratarían en este caso, de derechos administrativos especiales: de ahí que se estudie en ellos en qué medida comportan modificaciones sobre derechos legales ya establecidos en otros lugares. Y esto se consigue dejando a un lado todo aquello que sea “sólo programático”, es decir, todo aquello que no pertenezca de forma unívoca al derecho técnico especial. Lo que resulta de este estudio es un reproche al legislador constitucional, cuyo trabajo técnico ha sido aquí de un nivel mucho más bajo que el realizado voluntaria o involuntariamente en el caso de la legislación especial. Aparecen de este modo una serie de equívocos y de dificultades, entre las cuales se encuentra, por citar uno sólo, el problema de la relación en que se encuentran las libertades fundamentales con las relaciones especiales de poder y de deber y en qué medida corresponden éstas a los funcionarios (Smend, 1985, p. 228-229).

Esses dilemas, segundo ele, podem ser resolvidos, se se considera que os direitos fundamentais não pertencem ao Direito Administrativo, nem ao Direito especial de Polícia, nem ao Direito Privado, entre outros, senão que fazem parte do Direito Constitucional. Posteriormente, essa concepção de Smend influenciou uma das mais importantes decisões do Tribunal Constitucional alemão, o que representaria uma das grandes diferenças entre a concepção alemão (europeia, em geral) e a norte americana sobre direitos fundamentais (Smend, 2005).

Já em relação a Konrad Hesse, Bonavides (2013) expõe que a teoria concretista desse autor, inspirada

em Friedrich Muller e na Tópica traz uma acepção nova da ideia de interpretar, com o emprego de categorias hermenêuticas ou métodos interpretativos distintos dos eleitos por Savigny, que expunha o método gramatical, lógico, histórico, sistemático e, posteriormente, teleológico. Interpretar para ele significa concretizar.

Assim, como método mais adequado à interpretação, especialmente das chamadas cláusulas abertas da constituição, inaugura o método concretista, segundo o qual, o conteúdo da constituição só se completa no ato concreto de aplicação em face do problema. Nesse aspecto, residiria, a principal peculiaridade da nova técnica de Hesse: “onde o interprete se volve diretamente para uma ‘compreensão’ do conteúdo da norma que se vai concretizar. Esse ato de compreensão acha-se indissociavelmente vinculado tanto à “pré-compreensão do intérprete como ao problema concreto que se vai resolver” (Bonavides, 2013, p. 641).

Antes de passarmos a identificação das semelhanças e diferenças entre as duas teorias acima, cabe esclarecer que, embora a parte central da obra de Smend tenha se desenvolvido durante a agitada República surgida em torno da Constituição de Weimar de 1917, sua doutrina teria uma influência espetacular na prática e interpretação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e também em outras constituições⁵.

Feitos tais esclarecimentos, tem-se que uma primeira semelhança a ser observada nas duas teorias diz respeito à compreensão de que há uma variabilidade do conteúdo dos direitos fundamentais, da forma de garanti-los, bem como de seu desenvolvimento concreto. Em Hesse tem-se que “o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiosincrasia, da cultura e da história dos povos” (Hesse, 1998, p. 84) e em Smend que “los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución” (Smend, 1985, p. 232).

Outro aspecto a ser considerado nas duas teorias diz respeito à interpretação do direito de liberdade de expressão feita pelos dois autores. Smend, em sua análise sobre esse direito, relembra a história e a estrita relação entre a liberdade de expressão e liberdade de consciência e pensamento, justificada por uma consciência desses direitos fundamentais que protegem os valores individuais de personalidades. Contudo, pondera

que o sentido desse direito não se esgota nele mesmo. Há, assim, um caráter social nesse direito, devido especialmente a estreita relação que mantém como o direito de associação e de reunião. As expressões da vida do grupo, nesse sentido, são também protegidas, apesar do direito à liberdade de expressão ser inscrito no título dos direitos fundamentais do indivíduo (Smend, 2005).

Tanto em Smend, quanto em Hesse se observa o caráter e o alcance político e social desse direito. O seu caráter subjetivo e objetivo nas palavras de Hesse (1998) que representa, de um lado, o sentido de direitos de defesa e de cooperação política e de outro lado são prescrições de competência negativa e elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica. Por meio dessas liberdades, é que se faz possível o nascimento e desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, oportunidades de igual expressão às minorias, etc.

Hesse (1998) completa, no entanto, que o significado do direito à liberdade de expressão não se restringe ao âmbito da ordem política, mas também se refere aquele âmbito no qual se devem formar as concepções de valores decisivas, livres da influência estatal, independentemente de dizerem respeito à política.

Outra questão enfrentada pelos dois autores diz respeito aos limites a esses direitos. Tanto na Constituição de Weimar (art. 118) quanto na Lei Fundamental de 1949 (art. 5º) fala-se em proteção do direito à liberdade de expressão ou opinião dentro dos “limites das leis gerais”.

Hesse faz menção, ao comentar a fórmula “leis gerais”, à doutrina desenvolvida já na época de Weimar, segundo a qual, somente aquelas leis que não se dirijam contra o bem jurídico protegido pela liberdade de opinião podem ser consideradas como gerais. Assim, esse bem jurídico não deve ser prejudicado por direito especial que procure obstaculizar a manifestação da opinião. Para Hesse, a liberdade de opinião não suporta restrições com objetivos determinados; uma lei que assim preveja não pode ser considerada geral.

Para Smend (1985), a resposta à pergunta: o que se deve compreender por especialidade da lei ou “leis especiais”? Não poderá ser encontrada no termo em si. Sua proposta de interpretação prevê que é a partir de um contexto global dos direitos fundamentais, não apenas técnico-formalmente, que se poderá compreender o termo.

Em Smend tem-se que a generalidade do art. 118 é aquela dos valores comunitário, que como tais, tem

⁵ Explicação dada por Joaquín Brage Camazano, em estudo preliminar sobre a obra acadêmica de Rudolf Smend.

primazia frente o direito individual. Assim, “*leyes generales en el sentido del artículo 118 son, por tanto, leyes que tienen la primacía ante el artículo 118 porque el bien social por ellas protegido es más importante que libertad de opinión*” (Smend *in* Camazano, 2009, p. 120).

Smend menciona que esse juízo de ponderação entre o que terá primazia ou não pode auxiliar ao longo da história, sendo tarefa da interpretação dos direitos fundamentais pôr em relevo as questões e suas respostas, passando por um juízo axiológico, moral e cultural da época.

Abordam ainda os autores as questões envolvidas na interpretação do direito à liberdade de arte e ciência. A liberdade de ciência, segundo Hesse, é a liberdade de investigação e ensino que proíbe intervenções estatais ilegítimas.

Para Smend, esse direito, que a constituição de Weimar denominava de liberdade de cátedra, não concede aos professores universitários uma posição privilegiada em relação aos demais profissionais. Compreender, o sentido de tal artigo (142) na Alemanha foi para ele uma tarefa difícil, uma vez que nem os debates constituintes de Weimar ajudam.

Essa liberdade já estava prevista desde a Constituição do império Alemão e seu sentido era de emancipação da ciência e do ensino nas instituições docentes públicas, abrangendo assim universidades e professores universitários.

Considerando o sentido desse direito e seus efeitos técnicos jurídicos, Smend entende que a ideia nuclear é o reconhecimento da autonomia da vida científica. Mais uma vez reconhece que o sentido com o qual o ordenamento concretiza limites a esses direitos é variável em razão de que os valores mudam sempre.

Uma vez expostas tais análises e voltando-se à proposta inicial do artigo, pode-se observar que não há na concepção de Smend a referência a valores imutáveis e hierarquicamente determinados. Desse modo, é possível compreender que os dois métodos interpretativos, especialmente no que se refere à interpretação dos direitos fundamentais, mais se aproximam do que propriamente se repelem.

Uma explicação para a aparente confusão criada em torno das duas teorias pode estar no fato de que a teoria dos valores sofreu fortes críticas ao longo da história. Smend foi duramente criticado, seja por Kelsen, como anteriormente exposto, seja por Carl Schmitt, que as reuniu em um clássico trabalho denominado “A tirania dos valores”, onde rechaça a influência dessa teoria sobre a jurisprudência dos tribunais supremos, o que para ele teria provocado a dissolução de conceitos e métodos jurídicos (Camazano, 2009).

Por outro lado, a referida doutrina encontrou defensores, como Alexy (2015), que a concebe como a formulação de uma ordem branda de preferências condicionadas, razoável e racional que exige não evidências intuicionistas, mas fundamentações.

Não descartando totalmente as críticas formuladas, especialmente pelo fato de que a expressão valores, a depender da conotação empregada pode afastar a norma de sua efetividade, bem como poderá levar a excessos de subjetivismos por parte da jurisprudência, têm-se que, se forem adotadas as precauções propostas por Smend, tal teoria poderá de fato contribuir para a concretização dos direitos fundamentais.

Considerações finais

Foi possível compreender, pelo exposto até aqui, que houve um grande esforço metodológico por parte de Smend e uma constante preocupação com o debate sobre direito constitucional e político, sobre o conceito de é constituição e o seu papel, sobre a jurisdição constitucional e interpretação dos direitos fundamentais etc. Há de se reconhecer também o esforço doutrinário dos positivistas, especialmente do próprio Kelsen, ao reafirmar a normatividade da Constituição e ao proferir críticas à teoria de Smend, que de certo modo as acolheu, buscando uma maior aproximação teórica e normativa.

Foi possível ainda concluir que o esforço empreendido por Smend, de insistir em conteúdos valorativos no direito constitucional, não pode ser visto como um total desprezo pela norma jurídica e pelo direito positivado, nem tão pouco deveria representar que o doutrinador tenha descurado da própria interpretação e concretização da Constituição e dos direitos fundamentais nela previstos, nem ainda que os tribunais e juristas estejam autorizados a excessos de subjetivismos ao interpretar a constituição, concebendo os valores por eles mesmos destacados.

As aproximações entre as teorias de Konrad Hesse e Smend demonstram justamente o contrário. Demonstram que a teoria dos valores teve grande influência no constitucionalismo do pós-guerra e que até hoje conserva sua importância. Assim, ambas as teorias, concretistas e integrativas, se complementam e não se repelem uma vez que o próprio Hesse reconhece que para a concretização da constituição há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, suas concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

Por fim, pelo exposto até aqui, pode-se compreender que a teoria concretista dos direitos fundamentais de Hesse pressupõe conceber os direitos fundamentais em seu contexto histórico-espiritual, como defendido por Smend, não podendo o intérprete se restringir a analisar o texto em si, como formalmente e tecnicamente está descrito, nem tão pouco que decida no caso concreto sem uma dimensão global dos impactos daquele direito. Assim como previsto por Smend, os direitos fundamentais requerem um modo peculiar de interpretação, ou seja, cada um desses direitos tem sua história de construção e desenvolvimento, não havendo que se falar em caráter absoluto ou hierarquizado.

Referências

- ALEXY, R. 2015. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 669 p.
- BONAVIDES, P. 2013. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 864 p.
- CAMAZANO, J.B. 2009. La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la Segunda Pós-guerra. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11:95-124.
- CANOTILHO, J.J.G. 2003. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra, Almedina.
- COMPARATO, F.K. 2015. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 625 p.
- GALINDO, B. 2006. *Teoria Intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da teoria da constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosur*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 308 p.
- HESSE, K. 1998. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 576 p.
- HESSE, K. 2009. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo, Saraiva, 171 p.
- HESSE, K. 2001. Significado de los Derechos Fundamentales. In: K. HESSE, *Manual de Derecho Constitucional*. Madri, Marcial Pons, p. 84-85.
- KELSEN, H. 2003. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. São Paulo, Martins Fontes, 123 p.
- KELSEN, H. 1998a. *Teoria pura do direito*. 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 427 p.
- KELSEN, H. 1998b. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 637 p.
- LASSALE, F. 1933. *O que é uma constituição?* São Paulo, Edições e Publicações Brasil.
- LOEWENSTEIN, K. 1979. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 619 p.
- LUCASVERDU, P. 1987. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madrid, Tecnos, 268 p.
- MENDES, G. F. 2013. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1504 p. <https://doi.org/10.1111/9788502155077>
- MIRANDA, J. 2011. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 509 p.
- RUIPÉREZ, J. 2008. *Liberdad Civil e ideologia democrática: de la conciliación entre democracia y libertad a La confrontación liberalismo-democracia*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- SCHMITT, C. 2011. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 494 p.
- SMEND, R. 1985. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 287 p.
- SMEND, R. 2005. *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 66 p.

Submetido: 11/10/2016

Aceito: 22/03/2017