

CONSTITUIÇÃO EM PARALAXE: A DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DA CONSTITUIÇÃO

CONSTITUTION PARALLAX: THE DECISION ON JUDICIAL REVIEW AS THE BASIS OF VALIDITY OF THE CONSTITUTION

DIOGO BACHA E SILVA¹

RESUMO: O presente artigo pretende contribuir com a noção da ideia de fundamento de validade da Constituição. Para tanto, desenvolve-se uma observação acerca do desenvolvimento da ideia de constitucionalismo e como se possibilitou a noção de que devia haver um fundamento para o ato constituinte. Assim, procede-se a observação do atual desenvolvimento das teorias jurídicas que buscam encontrar fundamento para a Constituição e, com base em Niklas Luhmann, chega-se ao conceito de que a operação de validação da Constituição é feita no controle de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Validade; Decisão no Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT: This paper contributes to the notion of the idea of foundation of validity of the Constitution. Therefore, it develops an observation about the development of constitutionalism idea and how it led to the notion that there should be a foundation for the constituent act. Thus, the procedure is the observation of the current development of the legal theories that seek to find a basis for the Constitution and based on Niklas Luhmann, one arrives at the concept of the Constitution of the validation operation is made in the judicial review.

KEYWORDS: Constitution; Validity; Decision on Judicial Review.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Constituição sem Forma: dos antigos ao medievo; 2. A Forma Constitucional e a Necessidade de um Fundamento; 3. Constituição em Parallaxe e a Decisão de Inconstitucionalidade/constitucionalidade como Fundamento de Validade da Constituição; Conclusão; Referências Bibliográficas.

*Artigo recebido em 11.02.2015. Pareceres emitidos em 05.08.2015, 28.08.2015 e 15.10.2015.
Artigo aceito para publicação em 30.10.2015.*

¹ Mestre em Direito pela FDSM – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço/MG – Campus São Lourenço. Advogado. diogobacha@ig.com.br

SUMMARY: Introduction; 1. Constitution Formless: the ancient to the medieval; 2. The Constitutional Form and the Need for a Foundation; 3. Constitution of Parallax and the Decision of Unconstitutionality/constitutionality as the Foundation of Validity of the Constitution; Conclusion; Bibliographic References.

INTRODUÇÃO

Um dos temas que mais intrigam a dogmática do constitucionalismo está em saber qual o fundamento de validade de uma Constituição. Qual a origem deste ato normativo que refunda o Estado e a sociedade? Da onde vem a força da Constituição? Muitas são as respostas ofertadas ao longo da história ocidental, apenas para restringirmos nosso objeto. No entanto, longe estamos de atingir o ideal de uma resposta segura para a indagação.

A pesquisa é imbuída da ideia de que surge uma problemática atual para a Constituição. Passamos por um momento em que podemos visualizar a Constituição em sua transversalidade, isto é, no momento em que a Constituição torna-se alvo de um entrelaçamento entre os diversos sistemas sociais, fruto de um intercâmbio e aprendizado entre direito, política, moral e religião², e também entre ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais que se afirmam independentemente dos Estados, colocando em xeque a própria noção de soberania. Nessa medida, o amalgama desses fatores sócio-políticos acabam por colocar em dúvida a autonomia da Constituição em tempos modernos.

A pergunta pela autonomia da Constituição não é uma querela acadêmica. É que, ao negarmos a autonomia da Constituição, saberemos que não haverá nenhuma diferença entre o mundo jurídico e o mundo político. A partir daí, além da óbvia perda da normatividade própria, a Constituição já não será capaz de ter força suficiente para transformar a realidade social em que vivemos. A questão da autonomia, portanto, é percebermos a Constituição enquanto “um projeto civilizacional capaz de oferecer soluções ou respostas para problemas concretos”³.

Se, pois, a ideia do constitucionalismo oitocentista foi buscar uma normatividade tal que fosse capaz de submeter a “*summa potestas*” a um controle jurídico-político dos cidadãos⁴ e, ao mesmo tempo, um norte seguro para a legitimidade do poder político, a problemática do constitucionalismo em tempos moderno ou pós-modernos, conforme a linha teórica seguida, é não tanto a sua intencionalidade normativa, mas sim sua própria condição de existência.

² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 62.

³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão Jurídica e Autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 142.

⁴ Por este sentido, veja-se a obra MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madri: Editorial Trotta, 1998.

Consoante a lição de Castanheira Neves, que transpomos as referências ao constitucionalismo, de que “não se trata, assim, tão-só do problemática que a porventura assimetria, a dessincronização, a inadequação sistemática entre o direito e o seu meio contextual (a sociedade que o solicita) hoje provoquem, ou sequer da problemática que já filosoficamente sempre se justificaria – o problema ontológico da compreensão do seu ser, o problema axiológico da fundamentação da sua validade. Trata-se, mais profundamente, do problema radical do seu sentido e subsistência para nós nesta nossa situação histórica (histórico-social e histórico-cultural) e em que nós a nós próprios afinal também radicalmente nos interrogamos”⁵.

Enfim, a questão que envolve o presente artigo é evitar que a Constituição sofra uma captura promovida pelos demais sistemas sociais. Para tanto, é preciso que a Constituição se reconheça e se compreenda como um projeto civilizacional autônomo. A corrosão da esfera de autonomia da Constituição pela presença, em cenário moderno, da política, da economia, da religião pode ser causa do enfraquecimento da própria normatividade constitucional.

A positivação do direito (e também da Constituição) a partir das grandes revoluções políticas do século XVIII representou um passo decisivo na busca da autonomia do projeto constitucional. No entanto, para a efetivação desse passo, seria necessário buscar onde repousava os fundamentos de validade que dão sustento à ideia de Constituição.

Pretendemos, de alguma forma, fornecer subsídios para a discussão que atravessa os séculos e a história do pensamento jurídico. Subsídios esses que são oriundos de uma forma de pensar não tradicional na dogmática jurídica.

1. CONSTITUIÇÃO SEM FORMA: DOS ANTIGOS AO MEDIEVO

De certa forma, a ideia de Constituição aparece já no mundo antigo com o termo *politeia* de Aristóteles⁶. Como adverte-nos Maurizio Fioravanti, entender o que significava *politeia* e, pois, ligar o referido termo à Constituição requer que nos desatemos da ideia moderna de Constituição⁷. O termo origina-se da análise feita por Aristóteles da experiência democrática grega e sua possível adoção nas mais diversas comunidades políticas.

Para os antigos, a origem e a fonte da autoridade da *politeia* não tinha tanta importância como quando se dá hodiernamente. Mais do que a origem, importava sim o benefício prático que a *politeia* alcançava no seio da sociedade. Bártolo, por exemplo, afirma: “*civitas sibi princeps ets*” (a cidade é

⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 17.

⁶ A obra de Aristóteles busca um governo que não seja inalcançável do ponto de vista prático. A Constituição, portanto, é a vida da própria comunidade política. (ARISTÓTELES. *Política*. 5. ed., São Paulo: Editora Martin Claret, 2010. p. 164).

⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Editorial Trotta, 2007.

o imperador de si mesma)⁸. A resposta aos problemas da comunidade política antiga dependia muito mais de uma obra prática do que uma obra especulativa sobre um governo ideal. Buscam instaurar uma ordem política melhor e um governo correto para uma sociedade pensada concretamente⁹.

Essa forma de ver e compreender o processo político da comunidade se nos pode parecer estranha nesta quadra da história, não é mais do que a resposta apresentada para a problemática dos antigos. A problemática fundamental enfrentada pelos antigos era manter unidade uma sociedade em profunda crise social que mantinham afastados, ricos e pobres, em torno de um projeto comum.

Neste exato sentido – e não outro – deve ser entendida a crítica de Platão à forma democrática. Como obra dos vencedores, a democracia impunha um pesado fardo à comunidade política, isto é, a imposição de ideais políticos por parte dos vencedores lhe parecia uma forma de violência que desagregava ao invés de unir. Ilustra suas pretensões com o fato de que, principalmente por parte dos pobres, após a conquista do poder acabaram matando parte de seus adversários¹⁰. *Politia*, portanto, é a forma constitucional capaz de promover o equilíbrio entre dois extremos aparentemente inconciliáveis, tal como oligarquia e democracia, e alcançando uma forma de governo ideal¹¹.

É preciso termos em vista que estamos diante de uma sociedade em que não vemos marcada uma distinção entre sociedade e estado. Não há um estudo da sociedade longe da política. O Estado, ao menos como o enxergamos modernamente, é apenas um aspecto da própria política que envolve o âmbito público e privado¹². *Politia* para os antigos não representavam apenas uma secção da vida ou apenas o lado público da vida. Seria, sim, uma forma de se alcançar plenamente os objetivos de uma comunidade política.

De alguma maneira, a *constitutio* romana aproxima-se da ideia helênica de Constituição como forma ideal de governo. No entanto, os romanos ofereceram uma importante distinção para o constitucionalismo moderno. A diferença entre *jus privatum* e *jus publicum* permite-nos averiguar a verdadeira essência do espírito político romano. Não há diferenças entre direito privado e público dada sua natureza. A diferença não está nos sujeitos da relação, mas sim no fato de que o direito privado diz respeito à cada indivíduo enquanto o público todos os cidadãos podem participar¹³.

⁸ CAENEGEM, R. C. Van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 46.

⁹ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 23.

¹⁰ PLATÃO. *República*. 2. ed., São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

¹¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Editorial Trotta, 2007. p. 24.

¹² McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. New York: Cornell University Press, 1958.

¹³ McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. New York: Cornell University Press, 1958. p. 42.

Não havia, dessa forma, uma noção de Constituição como limitação da soberania ou como norma, norma esta que será representada pela separação de poderes e pela garantia de direitos¹⁴. A própria noção de *lex* como forma de obrigação aplicável a todo povo, mas que povo não poderia ser entendida como todas os indivíduos em Roma, mas tão somente obrigações subsistentes entre indivíduos cidadãos, dá conta do sentido constitucional desenvolvido em Roma¹⁵. E lei romana, principalmente a partir dos intérpretes, é uma ordem estabelecida entre os cidadãos. A *res publica* é um engajamento assumido em comunidade por todos os cidadãos¹⁶.

Por isso é que, importa também para os romanos, um projeto de conciliação social e política, donde o tirano seria o principal inimigo da ordem social e política, vez que rompe o equilíbrio de uma forma política ordenada e duradoura¹⁷.

A queda do império romano produz, para alguns autores, se produzisse uma perda cultura em um sentido mais amplo¹⁸. A desfragmentação ética, a desagregação e a instabilidade política fornecem um roteiro para entendermos o quadro social da época. O modo de produção feudal estendeu-se por toda a Europa. Consistia-se basicamente no seguinte: uma aristocracia autodesignava-se um território e sua população. Essa população cultivava a terra para si e para seu senhor, através do sistema conhecido como três campos¹⁹. A teologia cristã configurava o mundo intelectual da época, dando legitimação a ideia de que a ordem social era produto da vontade de Deus²⁰.

Daí não decorre que o direito tenha um papel subalterno na configuração social-medieval, como quer alguns²¹. É que a realidade política medieval é muito mais complexa do que parece à primeira vista. Igreja, imperadores, feudatários e senhores feudais detêm parcela de poder sobre as coisas, as

¹⁴ Nessa medida, Maurizio Fioravanti: "Tal constitucion obviamente no tiene relación alguna con la constitución de los modernos. Los antiguos no tenían ninguna soberanía que limitar ni, sobre todo, habían pensado jamás en la constitución como norma, la norma que en el tempo moderno sería llamada a separar los poderes y a garantizar los derechos" (FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Editorial Trotta, 2007. p. 30).

¹⁵ McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. New York: Cornell University Press, 1958.

¹⁶ McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. New York: Cornell University Press, 1958.

¹⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Editorial Trotta, 2007. p. 30-31.

¹⁸ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. 5. ed., Madri: Editorial Trotta, 2008. p. 113.

¹⁹ O sistema de três campos funcionava do seguinte modo: um servo cultivava a terra para si, donde uma parcela iria para si e sua família, outra para seu senhor e uma terceira destinava-se a repor a semente de ambas (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. 5. ed., Madri: Editorial Trotta, 2008. p. 114).

²⁰ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. 5. ed., Madri: Editorial Trotta, 2008. p. 114.

²¹ Por exemplo, CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. 5. ed., Madri: Editorial Trotta, 2008. p. 115.

peças e as terras. Toda a vida econômica e patrimonial segue fora de previsões normativas, segue dentro de costumes dados pela ordem natural. Por isso, razoável que se fale em uma limitação dos poderes. Limitação surgida pela ordem natural historicamente determinada²².

A outra característica do constitucionalismo do medievo encontra-se na concepção segundo a qual o conjunto de relações são substancialmente indisponíveis por parte do exercício do poder, isto é, há uma ordem jurídica preestabelecida por mil vínculos e convenções mediante a qual seus protagonistas não poderiam exercer qualquer papel de normação²³. Precisamente esta é a diferença entre o constitucionalismo dos antigos e o constitucionalismo medieval. Enquanto o primeiro estabelece que há uma ordem jurídica ideal, na busca das virtudes políticas, o segundo entende que há uma ordem jurídica dada, evitando o desequilíbrio de uma ordem natural.

A constituição mista surge no contexto antigo buscando uma resposta a desestabilidade política e da dissolução da comunidade política. Neste sentido, representa-se uma constituição de ponto médio, donde se reforça a pertença a uma mesma comunidade política²⁴. A constituição medieval é mista porque busca se referir a uma realidade política e social composta e, ao mesmo tempo, plural contrária a qualquer forma de uniformização, já que a lei fundamental não é imposta de cima para baixo, mas uma síntese de pactos e acordos que estão compreendidos dentro da lei fundamental²⁵.

O sentido moderno do termo constituição foi largamente utilizado na época do absolutismo ilustrado, reflexo das transformações políticas e sociais daquela época. Produzido sob o Império Alemão, *Konstitution* e *Verfassung* tinham o mesmo significado. Significavam, outrossim, estrutura, disposição, lei, regulação, ordem. Enquanto a primeira estava ligada propriamente a um aspecto jurídico, o outro termo descrevia um estado real de coisas, a composição orgânica de algo²⁶.

Na crítica ao absolutismo é que aparece, pouco a pouco, o conceito de constituição moderno. Sobretudo com a obra de Montesquieu, a descoberta do sistema político inglês fez com que se relacionasse o termo *Konstitution* com liberdade política. O termo, portanto, não se refere mais tão somente a uma regulação jurídica do poder e a descrição da realidade do Estado, mas senão que os cidadãos se tornam o centro da análise política²⁷.

²² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 35-36.

²³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 36-38.

²⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 56.

²⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 63-64.

²⁶ DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo Moderno*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 13-14.

²⁷ DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo Moderno*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 16.

Pode-se ver, nessa medida, que a ideia de Constituição que permeou a história antiga não exige qualquer preocupação com o fundamento de validade da mesma. O intuito era tão somente o objetivo e a finalidade atingida pela Constituição.

2. A FORMA CONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE UM FUNDAMENTO

As revoluções²⁸ do século XVIII nos legaram a ideia de Constituição plasmada em um documento. A revolução americana e seus pressupostos estavam assentados sobre uma rigidez constitucional, sobre um conjunto de regras que, de alguma forma, tutelassem os direitos e liberdades individuais contra o arbítrio do legislador²⁹. Sob o pano de fundo da motivação política estava por óbvio a excessiva tributação exercida pela metrópole inglesa³⁰.

Depois, a revolução francesa o qual buscava, diferentemente da norte-americana, simplesmente romper com o poder arbitrário do Estado Absolutista. Rompimento com o passado de um regime político estamental da sociedade, do direito e do poder arbitrário e unitário³¹. Para tanto, o rompimento que devia ser feito é através da discussão do projeto revolucionário que reunia a soberania ao poder constituinte do povo e não dos legisladores representantes³².

A antiguidade, como sociedade arcaica nos termos de Niklas Luhmann, não exige qualquer tipo de critério especial para a vigência do direito. Em função da baixa complexidade social, tendo em vista que as relações sociais eram realizadas através do parentesco, não é necessária a institucionalização da vigência direito como condição suficiente para a imposição do direito³³. Ademais, carece o direito de universalizabilidade e abstração, sendo elemento de expectativas concretas.

A positivação da Constituição originou-se da complexidade social que fez surgir a diferenciação funcional com a criação de sistemas sociais parciais para a resolução de problemas sociais específicos³⁴. A positividade significa, em termos jurídico-dogmáticos, a estatuição do direito. Estatuir o direito significa o processo de seleção de uma contingência. Mas, para que ocorra a positivação do direito, é preciso que se decida também quando ele vige.

²⁸ Sobre o conceito de revolução no campo político, veja-se a obra de ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

²⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 90.

³⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 80.

³¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 58.

³² FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos Fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 75.

³³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 185.

³⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 225.

A forma da Constituição traz à tona a questão da decisão sobre a vigência do direito. Se, pois, a Constituição foi plasmada em uma forma, em um documento, é preciso saber quem ou o que estipula a decisão de estatuir.

A busca por um fundamento da Constituição começa, sobretudo, na experiência constitucional francesa. Abade Sieyes publica seu famoso panfleto revolucionário *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* por ocasião da convocação dos Estados Gerais³⁵ realizada pelo Rei Luis XVI em 1788. Para o autor, o terceiro Estado é que corresponde à totalidade da sociedade francesa, já que representaria a vontade de 96% (noventa e seis por cento) de toda a população, dos mais pobres aos mais ricos. Em vista disso, a constituição de uma nação necessita de uma lei e uma representação comum a todos, de sorte a excluir qualquer tipo de privilégio ou derrogação da lei comum³⁶. Baseando-se nas teorias de Jean-Jacques Rousseau, o Abade Sieyes entende que o terceiro estado é que constitui a nação e, portanto, manifesta o interesse geral, representando vontade da maioria.

Dessa forma, reside na própria nação o direito de fazer uma Constituição. A organização do corpo político de uma nação é obra do poder constituinte que somente será realizado por ela mesmo e não do poder constituído por ela³⁷. A vontade da nação é plasmada no documento constitucional e deve regular a vida política do Estado. Sua vontade, por ser soberana, não encontra qualquer limite a não ser nela própria e antes dela só existe o direito natural. O poder constituinte da nação, pertencente sempre ao Terceiro Estado, não está ele mesmo submetido às formalidades da Constituição, significando dizer que fundam as leis fundamentais que devem ser seguidas pela vontade representativa³⁸. A distinção política entre um momento constituinte e constituído, através da utilização das ideias de Rousseau de uma vontade geral, comum a toda população, submete a Constituição ao crivo de um fundamento de validade.

³⁵ Estados gerais era o órgão de representação política da França no Antigo Regime. Representava a divisão da sociedade francesa em três estados: a realeza, primeiro estado; o clero, segundo estado; e, por fim, todos os que não compunham o primeiro e o segundo estado seria o terceiro estado. Os Estados Gerais era órgão de funcionamento esporádico e somente era instalado através da convocação do Rei. A deliberação das questões eram realizadas em separado e o voto era feito por Estado. O primeiro Estado, por exemplo, só votava se houvesse empate na deliberação do segundo e terceiro Estado, razão pela qual a realeza detinha o poder de voto de minerva (OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 23-24). Nessa medida, pode-se observar que as deliberações não representavam os interesses da população francesa já que a esmagadora maioria da população pertencia ao terceiro estado que ficava prejudicado pelo sistema de deliberação dos Estados Gerais.

³⁶ SIEYES, Emmanuel. *Qué es el tercer Estado? Ensayo sobre los Privilegios*. Madri: Alianza Editorial, 2008. p. 96.

³⁷ SIEYES, Emmanuel. *Qué es el tercer Estado? Ensayo sobre los Privilegios*. Madri: Alianza Editorial, 2008. p. 142-143.

³⁸ SIEYES, Emmanuel. *Qué es el tercer Estado? Ensayo sobre los Privilegios*. Madri: Alianza Editorial, 2008. p. 144-145.

Para Sieyes, então, o poder constituinte reside no terceiro estado que é, sobretudo, a representação da vontade da própria nação francesa. A Constituição, portanto, deve regular a vida política do Estado e dos órgãos que representarão a vontade da nação francesa. Seu fundamento de validade e existência é encontrado em um elemento exterior à própria ordem jurídica e de moral indiscutível, qual seja, a vontade geral da nação que é fundadora do pacto político.

Entretanto, mesmo Rousseau não explica a forma pela qual se encontra a vontade geral da comunidade política. A definição da vontade geral é obscura e de difícil definição. Assim, o elemento da vontade geral da nação para dar validade ao ato de constituir torna-se metafísico e de difícil alcance prático.

Carl Schmitt também apresenta um fundamento de validade para a Constituição. Para o teórico alemão, o fundamento de validade é uma questão essencialmente política e não jurídica. Sustentando seu projeto teórico, o autor diferencia, em sua obra *Teoría de la Constitución*, um conceito absoluto de Constituição e um conceito relativo. O conceito absoluto reflete, na realidade, o próprio Estado particular e sua unidade e ordem política, enquanto que o conceito relativo reflete uma série de leis de diversos tipos denominadas de leis constitucionais³⁹. Confundir o conceito de Constituição com o de leis constitucionais obscurece a própria compreensão do que seria Constituição, para o autor.

A relativização do conceito de Constituição leva a reconhecer como tal apenas leis constitucionais. Leis constitucionais, segundo Schmitt, é toda e qualquer norma com características formalmente iguais, independentemente se regule ou não a vida orgânica do Estado ou estipule qualquer outro conteúdo⁴⁰. A formalidade que caracteriza as leis constitucionais não o são pelo fato de serem normas escritas, mas sim por serem oriundas de determinado órgão seguindo determinados procedimentos e pela maior dificuldade em sua reforma⁴¹.

A Constituição, então, se diferencia das leis constitucionais. A Constituição surge mediante um ato constituinte que não exprime somente as normas jurídicas que quer ver plasmadas em um documento. A Constituição é, antes de tudo, uma decisão, uma unidade política pré-existente à regulação normativa. Como explica Schmitt, toda lei, e aí se inclui as leis constitucionais, necessita para sua validade de uma decisão política prévia adotada pelo poder ou autoridade competente⁴². A questão da existência, portanto, de uma Constituição não é uma virtude dela própria ou uma questão de justiça normativa ou sistematicidade jurídica, mas sim de uma vontade política daquele a que a põe em vigência.

³⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2009. p. 29.

⁴⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2009. p. 37.

⁴¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2009. p. 40-41.

⁴² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2009. p. 46.

A essência e a significação de Constituição para Carl Schmitt é a decisão política do titular do poder constituinte, seja ele o povo ou o monarca. A própria essência da Constituição não seria reduzida a uma lei ou norma, escrita ou não escrita, que, no fundo, representaria seu conceito de leis constitucionais⁴³. Neste aspecto, a Constituição seria intangível, enquanto as leis constitucionais poderiam ser reformadas, conforme expressa com o exemplo do art. 76 da Constituição de Weimar⁴⁴.

Para o autor alemão, a validade da Constituição nada mais é do que a vontade política do titular do poder constituinte. Fundamento este absolutamente político e que esbarra das raias do psicologismo ao indagarmos: qual é a Constituição que pretendeu o titular do poder constituinte? Assim, pois, Carl Schmitt busca a validade da ordem jurídico-formal em uma vontade política, comprometendo a própria autonomia e eficácia normativa da Constituição. Como diz ele em *Teologia Política*, “también el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma”⁴⁵.

Enquanto Carl Schmitt busca a validade jurídico-formal em uma vontade política, Hans Kelsen busca criar um estatuto epistemológico próprio para a ciência do Direito. E para criar um estatuto epistemológico para a ciência do Direito, Hans Kelsen elege a norma jurídica como objeto de sua análise. O Direito, para Kelsen, é um conjunto de normas que regulam o comportamento humano que distingue-se das proposições jurídicas⁴⁶. Enquanto as proposições jurídicas segundo a teoria do conhecimento de Kant tem caráter puramente gnosiológico e produtor de sentido de seu objeto, as normas jurídicas tem função regulador das condutas humanas⁴⁷.

Com base na lei de Hume, Kelsen separa o objeto do Direito da ciência do Direito. As normas jurídicas – enquanto objeto do Direito – submetem-se ao princípio da imputação, isto é, ligação de pressuposto e consequência com a palavra *dever-ser*⁴⁸, ao contrário das ciências naturais que submetem-se ao princípio da causalidade, ligação de pressuposto e consequência na ordem do ser. Somente com fundamento nessa distinção é que Kelsen consegue criar um estatuto epistemológico de verdadeira ciência genuína para a ciência jurídica.

No nível das normas jurídicas a conformidade ou não de um conduta em vista do dever prescrito na norma é um juízo de valor objetivo, enquanto no nível das proposições científicas do direito constituem em juízos de realidade, isto é, enunciam que algo é ou como é⁴⁹. Assim, Kelsen consegue manter a lei de Hume intacta.

⁴³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2009. p. 47

⁴⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2009. p. 49.

⁴⁵ SCHMITT, Carl. *Teología Política*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 16.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 11.

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 81-82.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 91.

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 19.

Para o jurista vienense, as normas jurídicas, posto que pertencem à categoria do dever-ser, devem sua existência à vigência da mesma, isto é, a qualidade intrínseca e necessária das normas jurídicas que as fazem pertencer à um ordenamento jurídico. Possuir vigência se diferencia de sua eficácia real, isto é, do fato da norma jurídica ser efetivamente obedecida no mundo real⁵⁰, em que pese a eficácia social vincular em alguma medida a validade das normas jurídicas ao depender que há uma conexão necessária entre eficácia social e vigência no ponto em que as normas em geral devam ser obedecidas⁵¹. A validade de uma norma, portanto, é sua vigência que não pode ser respondida com fundamento em uma ordem do ser, mas sim de um dever-ser⁵².

Assim, o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser outra norma, fazendo com que o direito seja autofágico. A validade e a vigência do direito somente pode estar referido a ele mesmo. Nessa medida, Hans Kelsen estabelece que o fundamento de validade de uma ordem jurídica é de caráter essencialmente dinâmico, ou seja, o pertencimento de uma norma jurídica a um determinado ordenamento jurídico não pode ser deduzido de seu conteúdo, mas apenas porque uma norma superior estabeleceu uma determinada forma de sua criação⁵³.

Com seu caráter dinâmico, o ordenamento jurídico possui uma estrutura escalonada de normas, de tal forma que a unidade conseguida é através da dependência que resulta do fato da validade de uma norma ser obtida através do apoio de uma norma superior que, por sua vez, retira seu fundamento de validade em outra norma até a norma fundamental pressuposta⁵⁴. A *grundnorm* é vista como uma pressuposição lógico-transcendental para afirmar a validade de toda a ordem jurídica. Trata-se, pois, de uma norma hipotética com o sentido de ser pensada para conferir fundamentação da validade objetiva das normas jurídicas. Ser pensada significa que não é uma norma oriunda da vontade de quem quer que seja, mas permanece sendo uma norma teórico-gnoseológica⁵⁵.

A norma fundamental é uma pressuposição necessária para o fundamento último de validade de toda a ordem jurídica. É uma norma apenas hipotética pensada para resolver o paradoxo que leva o escalonamento do ordenamento jurídico: qual o fundamento de validade da norma jurídica que dá fundamento

⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 11.

⁵¹ Como diz Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi em artigo sobre o tema, determinados fatos são vistos como condição da validade das normas, ao que, para Kelsen, a realidade social é relevante para decidir a validade das normas (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A Validade do Direito na Perspectiva Juspositivista. Reflexões em Torno de Hans Kelsen. In: OLIVEIRA, Julio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (orgs). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 225).

⁵² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 215.

⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 221.

⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 247.

⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. pp. 227-228.

de validade às demais normas jurídicas?⁵⁶ A norma fundamental, dessa forma, mantém o fundamento de validade do direito no próprio direito e não procura um fundamento exterior ao próprio direito.

Despida de qualquer conteúdo, a norma fundamental não é posta, mas pressuposta⁵⁷, cujo seu único conteúdo é dar obrigatoriedade e vinculatividade às demais normas jurídicas. Como diz Kelsen, a norma fundamental se refere imediatamente a uma Constituição determinada e mediamente à ordem jurídica por ela criada⁵⁸, tendo que ser uma ordem jurídica eficaz em termos globais.

A Constituição nos termos teóricos formulados por Hans Kelsen é a norma jurídica positiva mais alta dentro de um Direito nacional. Em um sentido formal, diz respeito ao documento solene que pode ser modificada apenas em determinado sentido por ela mesmo prescrita, mas que, em um sentido material, é a norma que recebe validade direta da norma fundamental e que disciplina a criação de normas gerais com a determinação dos órgãos e do processo de legislação⁵⁹. No entanto, seu fundamento de validade reside mesmo na pressuposição de uma norma fundamental, sem a qual o ordenamento jurídico não encontraria seu ponto de unidade e não resolveria o paradoxo. É preciso, assim, subir um nível para encontrar o ponto de apoio para a resolução do paradoxo, da linguagem para a metalinguagem como propugna o neopositivismo lógico.

Importante consideração sobre o fundamento de validade das normas jurídicas nos trouxe Herbert Hart com sua teoria jurídica analítica de vertente anglo-saxônica, cujas influências foram sem dúvida o positivismo de Bentham e Austin ainda no século XIX. Em sua clássica obra, *O conceito de Direito*, Herbert Hart pretende oferecer uma teoria do direito cuja premissa é ser um sistema social que visa a regular os comportamentos humanos e emerge também das relações sociais, assim como a moral e outros sistemas de regras, tais como etiqueta, de jogos e de fala, etc. Por isso, a definição da natureza do direito depende da resolução de três problemas: Como o direito se diferenciam das demais ordens apoiadas por ameaça, como a religião e a moral? Qual a diferença entre obrigação jurídica e moral? O que são as normas e se estas são realmente essenciais para a definição do direito?⁶⁰.

Dois aspectos essenciais diferenciam o sistema jurídico de outros sistemas: em primeiro lugar, a noção de obrigação, isto é, as regras jurídicas tornam

⁵⁶ Utilizamos aqui a referência do paradoxo dos conjuntos de Bertrand Russell (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Ed. Juruá, 2014. p. 183).

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 418 (nota 2 ao capítulo V).

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 224.

⁵⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 182.

⁶⁰ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 17-22.

vinculantes e obrigatórias certas atitudes e comportamentos em um tipo distinto das obrigações morais e obrigações de outros gêneros. De outro lado, o sistema jurídico depende da inter-relação entre dois tipos de regras: as regras primárias e as regras secundárias, a definição de Hart⁶¹. Na definição do autor, as normas primárias “[...] exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação”⁶².

Em outra passagem elucidativa, Hart explica que, enquanto as normas primárias, dizem respeito aos atos que indivíduos podem ou não praticar, as normas secundárias referem-se às próprias normas primárias, ou seja, especificam como as normas primárias podem ser introduzidas, modificadas ou eliminadas do sistema jurídico⁶³. Dentro das normas secundárias encontramos as normas de reconhecimento, as normas de modificação e as normas de julgamento.

Pela norma de reconhecimento, especifica-se as características que, se presentes em uma determinada norma, serão consideradas como pertencentes ao sistema jurídico. Pela norma de reconhecimento imbuí-se o selo de autoridade e de validade jurídica⁶⁴. Já as normas de modificação são as que autorizam um indivíduo ou grupo de pessoas a introduzir, modificar e eliminar normas primárias. São normas que outorgam poderes para indivíduos para legislar⁶⁵. Por último, as normas de julgamento consistem em atribuir a alguns indivíduos a solucionar a questão de, se em uma ocasião específica, foi violada determinada norma primária. Além de identificar os indivíduos, elas também definem o procedimento a ser seguido⁶⁶.

Para os fundamentos do presente trabalho, interessa-nos as normas de reconhecimento. É que, conforme a teoria de Hart, as normas secundárias de reconhecimento fundamentam o sistema jurídico⁶⁷. Por validade jurídica, Hart entende a característica de uma norma primária que satisfaz a todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento, na exata medida em que a própria norma de reconhecimento é aceita pelos participantes internos⁶⁸. A questão da diferença entre participantes internos e externos é essencial na

⁶¹ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 105. Também ver a obra explicativa de Neil MacCormick: MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 35.

⁶² HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 105.

⁶³ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 122.

⁶⁴ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 122-123.

⁶⁵ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 124.

⁶⁶ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 125.

⁶⁷ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 129.

⁶⁸ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 133.

teoria de Hart para entender a regra de reconhecimento. É que só há norma de reconhecimento se houver aceitação e aplicação da mesma pelos atores jurídicos. Vale dizer, a norma de reconhecimento é uma norma convencional aceita como apropriada para aferir a validade e o pertencimento de normas primárias⁶⁹. Não pode existir a pergunta sobre a validade da própria norma de reconhecimento que é apenas uma questão de convenção⁷⁰.

Na ilustração de Hart, em sistemas jurídicos modernos pode haver várias normas de reconhecimento, desde uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais que têm a função de identificar a norma jurídica⁷¹. Como diz Hart, a norma de reconhecimento é também uma norma última e suprema. Última no sentido de que não há outra além dela que ofereça critério de validação para ela. Suprema na medida em que as normas primárias que conflitam com outros critérios de validade ou outras normas de reconhecimento podem ainda ser validadas como pertencentes ao sistema ainda que conflitem com outros critérios⁷².

Não há dúvidas que uma Constituição em vigor e desde que seja respeitada é representada como a norma de reconhecimento que Hart faz referências. A Constituição em vigor e eficaz, sendo respeitada pelas instituições oficiais representa o critério último e supremo de validade das normas primárias, mesmo que não contenha qualquer norma explícita nesse sentido, visto que, como vimos anteriormente, a regra de reconhecimento é de natureza convencional entre os participantes internos. Alerta-se, ainda, que nem toda norma constitucional é uma regra de reconhecimento⁷³, mas apenas parte da Constituição.

Com esse projeto teórico, Hart ainda mantém a validade do direito dentro do próprio direito, mas no sentido de buscar o fundamento de validade da Constituição em aspectos jurídicos exteriores tal como seria a necessidade de eficácia global da própria ordem constitucional, a aplicação da Constituição, ainda que indireta, por parte dos participantes do direito.

3. CONSTITUIÇÃO EM PARALAXE E A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE/CONSTITUCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A paralaxe é um efeito estudado pela física consistente em um aparente deslocamento do objeto observado pela mudança de posição do observador. Consiste em que a representação da realidade dependerá, muitas vezes, da posição do observador. Aplicando tal efeito à questão da validade da Constituição, pode-se recorrer à teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

⁶⁹ Conforme o pós-escrito de Hart: HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 345.

⁷⁰ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 140.

⁷¹ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 130.

⁷² HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 136-138.

⁷³ Neste sentido, MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 152.

A partir do desenvolvimento e da complexificação da sociedade podemos perceber melhor qual o fundamento de validade do direito e da Constituição, coisas que talvez os teóricos antes citados não puderam perceber com a clareza necessária.

O direito enquanto sistema social parcial existe em razão de sua diferenciação funcional, que só se especializa para resolver problemas sociais específicos⁷⁴. Luhmann, então, se apropria das lições de Spencer-Brown para formular que todo sistema social é diferenciado em razão da distinção entre sistema/meio, na medida em que o sistema se conecta a operações do seu próprio tipo e deixa de fora as demais operações⁷⁵. É a diferença que demarca o próprio sistema na medida em que ele pode ser observado.

Por isso que o sistema deve operar do lado interno da forma, só se produzindo com operações que se reproduzem a si mesmo, mesmo que se implique que há o outro lado da forma⁷⁶. Na sociologia, o trabalho com operações permite que se vejam formas de comunicação funcionalmente diferenciadas em sistemas com clausura operativa e abertura cognitiva. O sistema próprio se auto-organiza, transforma-se e modifica-se a partir das operações que surgem nele mesmos, sempre atuando com efeitos autopoieticos⁷⁷.

A comunicação é que possibilita a operação de distinção que faz o sistema em referência ao entorno. A diferenciação do sistema jurídico só se consegue com a referência recursiva de operações jurídicas com operações jurídicas⁷⁸. Assim, somente as comunicações que afirmem o estabelecimento de valores direito e não direito pertencem ao sistema jurídico⁷⁹. Ora, a garantia de autorreferência das operações de um sistema e sua cláusula operativa requer um código único com esquema binário que exclua outras codificações e outros valores. Mesmo as referências ao valor negativo da operação tem o mesmo efeito que o valor positivo. Segundo Luhmann, o importante é que a comunicação se subordine a regulação pelo código, sendo a compreensão do sentido a que se faz alusão o que caracteriza o sistema social⁸⁰.

As comunicações com referência ao valor/código do sistema jurídico é que constituirá a estrutura sistêmica do direito. No entanto, a questão para Luhmann não são como as estruturas do direito, tal como norma, regra, princípio, precedentes, doutrina, etc, constituem o direito, mas a observação das operações jurídicas. A questão, então, não é como o direito produz suas operações, mas como as operações jurídicas se produzem a si mesmas, produzindo a diferença entre sistema e ambiente. Essa forma de observação

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 225.

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009. p. 89.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009. p. 102.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009. p. 111.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. 2. ed., Cidade do México: Herder, 2005. p. 112.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. 2. ed., Cidade do México: Herder, 2005. p. 123.

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. 2. ed., Cidade do México: Herder, 2005. p. 125.

que produzirá recursividade escolhendo, dentre as comunicações que ocorrem na sociedade, as operações que produzem o sistema jurídico⁸¹.

Por isso importa aqui o conceito de positividade. Para Luhmann, o conceito de positividade traz à tona a pergunta se o direito precisa de legitimação além de si mesmo. A positividade não é apenas o conceito que se trata de direito estatuído. Esse conceito de positividade é tributário da distinção entre direito natural e direito divino e o direito positivo. Por um lado está o direito natural ou divino como imutável, de outro lado está o direito modificável diante das circunstâncias, o direito positivo. Tal distinção não faz mais sentido, a partir da perda da garantia da imutabilidade, que resta incluída no direito positivo modificável mediante processos constitucionais⁸².

O conceito de positividade utilizado por Luhmann é o de decisão. O direito positivo significa uma decisão, uma escolha entre diversas possibilidades, uma contingência, uma redução da complexidade do sistema jurídico⁸³. A positividade enquanto decisão permitirá o desenvolvimento de possibilidades do sistema jurídico e sua redução a uma decisão que atribuirá vigência jurídica a tais decisões. Ou seja, a vigência do direito só poderá estar referida a uma decisão⁸⁴.

Assim, garante-se a reflexividade do sistema jurídico. O positivismo produziu uma tautologia insuperável pela sua forma de teorização do fenômeno jurídico. O direito deveria validar o próprio direito. Assim, o fundamento de validade do direito passaria a ser a Constituição. Como, contudo, a Constituição também é direito, e não haveria autoridade jurídica superior para validar a própria Constituição, qual é o fundamento de validade da Constituição?⁸⁵

Kelsen e Hart propiciaram duas teorizações importantes para a resolução desse problema. Suas respostas, entretanto, encontram-se impregnadas de ideais movidos pelo positivismo jurídico que precisavam de uma referência externa do próprio direito. Ainda assim, tais teorias não foram capazes de se livrar do paradoxo.

Somente com a teoria da observação social de Luhmann em que o próprio conceito de positividade se modifica é que se pode livrar do paradoxo. Vale dizer, Luhmann busca explicar que o conceito de positivação das normas jurídicas esvaziou as normas de conteúdo material⁸⁶. Por exemplo, explica

⁸¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Ed. Juruá, 2014. p. 609.

⁸² LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. 2. ed., Cidade do México: Herder, 2005. p. 94-95.

⁸³ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. 2. ed., Cidade do México: Herder, 2005. p. 94.

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 8.

⁸⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Processual e Sociologia do Processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Ed. Juruá, 2011. p. 46-47.

⁸⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Processual e Sociologia do Processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Ed. Juruá, 2011. p. 48.

Günter Teubner: “Na perspectiva institucional, o “só para você” significa que o processo judicial individual é, em sua decisão, voltado para si próprio. Nenhuma outra instância – nem mesmo a tão aclamada lei geral – pode ser responsável pela criação normativa crucial para a decisão: somente o processo jurídico singular e concreto em andamento. Como forma, a lei tem apenas uma validade vazia e sem significado”⁸⁷.

É a própria necessidade de decisão que gera a necessidade de autorreflexividade do direito. Luhmann observa que a relação entre norma e decisão é feita de modo diferente daquela pensada pela tradição do pensamento jurídico em que a textualização da norma é dissociada do processo de decisão. Este é o caminhar do paradoxo. Pensou-se que as normas tornavam-se objeto de decisões próprias que, uma vez concretizadas em um texto, podiam-se tornar objeto de decisões próprias também⁸⁸. Essa é uma análise inocente e que conduziria a um regresso infinito.

A relação circular entre norma e decisão pode ser observada no seguinte fato: “a decisão não seria decisão, caso ela não reagisse à expectativa da norma. O cumprimento da norma é uma decisão, porque [este comportamento (de observar a norma)] é escolhido contra (a possibilidade de) um desvio em relação à própria norma, e isto só pode ser assim, pelo fato de existir uma norma geral (*überhaupt*). Inversamente, a norma não seria norma, caso a decisão não fosse produzida. A textualização gera a ilusão da norma ser-em-si-e-por-si (*Na-und-für-sich-Seins*), mas oculta em sua origem a constituição circular [desse processo]. As normas tornam as decisões possíveis porque as decisões tornam as normas possíveis”⁸⁹.

Dessa forma, quando não há consensos sobre conteúdos do direito, criam-se consensos quanto à forma de decidir. Na falta de resolução dos paradoxos, inverte-se a lógica e passa-se a observar que é o direito que afirma sua própria validade. Se há consensos quanto à forma de decidir, então automaticamente se consente com o resultado daí produzido⁹⁰. Uma validação circular em que “a decisão passa a se constituir a si mesma, como fundamento do próprio sistema jurídico. Não no sentido de Carl Schmitt, mas no sentido de que a validade das normas jurídicas encontra a sua referência

⁸⁷ TEUBNER, Gunther. O Direito diante de sua Lei: sobre a (im)possibilidade de autorreflexão coletiva da modernidade. *Direito.UnB*, jan./jun. 2014, v. 01, nº 01, p. 12-31. p. 21.

⁸⁸ LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. In: ARNAULD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (orgs). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2004. p. 36.

⁸⁹ LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. In: ARNAULD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (orgs). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2004. p. 36-37.

⁹⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Processual e Sociologia do Processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Ed. Juruá, 2011. p. 49.

de sentido na decisão, que por sua vez encontra nas normas jurídicas a sua validade”⁹¹.

Assim, a Constituição afirma a validade do direito, mas a validade da Constituição só pode ser afirmada pelas decisões que a aplicam. Ou seja, o sentido e o conteúdo do Direito Constitucional só pode ser afirmado pela jurisdição constitucional, isto é, as decisões jurídicas que afirmam e confirmam a validade da Constituição por meio do processo de aplicação de suas normas – entendidas também como decisões – em processo de controle de constitucionalidade⁹².

As decisões judiciais, desde que produzidas conforme o código direito/não direito, que utilizem a Constituição como parâmetro, sejam as proferidas em controle concentrado ou controle difuso, têm por finalidade garantir a validade da própria Constituição. Nessa esteira, a decisão que estatui que uma lei ou ato normativo está ou não em conformidade com a Constituição tem uma dupla função: a) afastar ou retirar a validade de uma norma em contraponto à Constituição; b) afirmar o sentido e o conteúdo da Constituição e atestar sua própria validade.

A importância, então, da decisão que trabalha com o código constitucionalidade/inconstitucionalidade é que essa comunicação é quem separará quando se está referindo ao sistema jurídico ou quando se está referindo a outros sistemas que trabalham com códigos diferentes⁹³. A decisão que afirma constitucionalidade/inconstitucionalidade da decisão faz uma autorreferência à própria Constituição.

Essa é a descrição sociológica da Constituição. Não propõe a teoria sistêmica que normativamente isto deve ser assim, mas sim que, no nível da observação, isso é o que acontece.

CONCLUSÃO

A mudança de perspectiva acerca do sentido do fundamento de validade da Constituição produz importantes conquistas teóricas. Os questionamentos feitos acerca do fundamento de validade ficam mais claros ao observarmos a produção jurídica, mormente no avançado estágio de complexidade de nossas relações sociais. A produção do sentido do direito só ganha a necessária autonomia em relação aos demais sistemas quando é o próprio sistema que produz suas operações em uma observação autorreflexiva.

⁹¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Como os Juízes Decidem? Proximidades e Divergências entre as Teorias da Decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Seqüência*, nº 59, p. 61-88, dez. 2009. p. 84.

⁹² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Processual e Sociologia do Processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Ed. Juruá, 2011. p. 49.

⁹³ Problemática, neste sentir, são as decisões intermediárias de constitucionalidade que relativizam o código constitucionalidade/inconstitucionalidade uma vez que colocam em xeque a questão da validação da própria Constituição.

A Constituição, assim, origina-se evidentemente de uma decisão. Uma decisão política de fundarmos uma comunidade política em que nos enxergamos como livres e iguais. Essa decisão só pode ser validade por outra decisão. A validade é encontrada não em fundamentos externos à Constituição, mas por meio das operações jurídicas que afirmam e confirmam o sentido da Constituição.

Adquirem extrema relevância as decisões proferidas no controle de constitucionalidade, desde que trabalhem com o código direito/não direito, posto que conseguem trabalhar dentro da normatização jurídica e não da política, fazendo com que o direito adquira autonomia suficiente para estabilizar expectativas de comportamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- ARISTÓTELES. *Política*. 5. ed., São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Como os Juízes Decidem? Proximidades e Divergências entre as Teorias da Decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Seqüência*, nº 59, p. 61-88, dez. 2009.
- CAENEGEM, R. C. Van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. 5. ed., Madri: Editorial Trotta, 2008.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A Validade do Direito na Perspectiva Juspositivista. Reflexões em Torno de Hans Kelsen. In: OLIVEIRA, Julio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (orgs). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo Moderno*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Editorial Trotta, 2007.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madri: Editorial Trotta, 2009.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. In: ARNAULD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (orgs). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. 2. ed., Cidade do México: Herder, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009.

- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madri: Editorial Trotta, 1998.
- McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. New York: Cornell University Press, 1958.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- PLATÃO. *República*. 2. ed., São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.
- SCHMITT, Carl. *Teología Política*. Madri: Editorial Trotta, 2009.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2009.
- SIEYES, Emmanuel. *Qué es el tercer Estado? Ensayo sobre los Privilegios*. Madri: Alianza Editorial, 2008.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão Jurídica e Autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Processual e Sociologia do Processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Ed. Juruá, 2011.
- TEUBNER, Gunther. O Direito diante de sua Lei: sobre a (im)possibilidade de autorreflexão coletiva da modernidade. *Direito.UnB*, jan./jun. 2014, v. 01, nº 01, p. 12-31.