

**DIREITO, INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO CONFORME
A CONSTITUIÇÃO**

**LAW, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND INTERPRETATION ACCORDING
TO THE CONSTITUTION**

Adriana Campos Silva¹

Christiane Costa Assis²

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar as diferenças, semelhanças e limites da interpretação constitucional e da interpretação conforme a Constituição. Para tanto, o trabalho aborda conceitos fundamentais de hermenêutica e Direito, para posteriormente adentrar a hermenêutica constitucional. A metodologia adotada foi composta pelo método de abordagem dialético comparativo, uma vez que se buscou uma conclusão a partir do debate entre diversas posições teóricas, e pelo procedimento da pesquisa bibliográfica, apresentando-se autores selecionados conforme a temática proposta. Como conclusão apontou-se o melhor caminho para a hermenêutica jurídica, em especial a hermenêutica constitucional.

Palavras-chave: hermenêutica; constituição; interpretação constitucional.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the differences, similarities and limits of Law, constitutional interpretation and interpretation according to the Constitution. For this, this paper approaches fundamental concepts of hermeneutics and Law, later to enter the constitutional hermeneutics. The methodology adopted was composed by the method of comparative dialectical approach, considering that the conclusion was sought from the debate between several theoretical positions, and by the procedure of the bibliographic research, presenting selected authors according to the

¹ Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da Graduação e da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Email: adrilaw100@gmail.com

² Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada e professora da graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Email: assischris@gmail.com

proposed theme. As a conclusion this paper pointed out the best path to juridical hermeneutics, especially constitutional hermeneutics.

Keywords: hermeneutics; constitution; constitutional interpretation.

1 INTRODUÇÃO

Nos estudos da hermenêutica jurídica é comum destacar a hermenêutica constitucional em face do que seria a hermenêutica geral do Direito. Entretanto, a suposta cisão entre as duas hermenêuticas tem um sentido meramente didático, ao se considerar que a Constituição se tornou o vetor interpretativo obrigatório do Direito. Toda e qualquer interpretação do Direito precisa necessariamente da hermenêutica constitucional, pois todas as normas devem ter como bússola hermenêutica a Constituição.

Dentro da hermenêutica constitucional o presente trabalho pretende analisar a interpretação constitucional e a interpretação conforme a Constituição, apontado suas semelhanças e diferenças no intuito de apontar o melhor caminho para a máxima efetividade do texto Constitucional. Para tanto, o trabalho partirá inicialmente da hermenêutica geral do Direito, apresentando as características gerais do sistema jurídico, uma vez que a hermenêutica constitucional refletirá sobre sua totalidade.

2 HERMENÊUTICA GERAL DO DIREITO

Em um tempo caracterizado pelo reconhecimento tanto da precariedade do saber — "o paradigma que se sabe paradigma", segundo Habermas — quanto da impossibilidade de se encontrar a legitimidade do Direito em Deus, na natureza, ou na tradição, deve-se destacar as potencialidades explicativas da teoria autopoietica em relação ao Direito. Com efeito, a presente questão – acerca da influencia que o Direito seria capaz de exercer na sociedade – parece dominada por um impasse: de um lado, as teorias relacionadas à de Lassale, não reconhecendo qualquer autonomia ao Direito; e de outro, as teorias relacionadas à de Hesse, centradas na positividade do Direito e na pretensão de que ele seja capaz de resolver os problemas da sociedade.

A teoria da autopoiesis consegue fornecer ao Direito a possibilidade de ultrapassar uma falsa escolha entre um sistema normativo pretensamente dirigente – ainda que isolado – e um sistema decisional subjulgado, sem fechamento operacional e autossuficiência funcional (ANTUNES, 1989). Considerando que o Direito constitui um sistema que vive em clausura

comunicativa – ou seja, comunica acerca de si próprio –deixou de ser possível conceber a sua origem, e até sua legitimidade, em um Direito Natural ou em um Direito Divino, ou mesmo em qualquer essência pré-estabelecida e exterior ao próprio sistema jurídico, afinal, não há direito fora do direito (GOYARD-FABRE, 2001, p. 222-223). Nesse contexto, o sistema jurídico precisa ser concebido como um sistema que autorreferencia e autorreproduz atos de comunicação particulares - os atos jurídicos. Em outras palavras, o sistema jurídico precisa ser constituído por eventos comunicativos específicos que se autorreproduzem à luz do código binário "legal/ilegal" ("direito/não direito"), que se articulam recursiva e circularmente entre si, que definem as fronteiras do sistema jurídico, e que constroem o seu meio envolvente próprio, tudo isso concomitantemente (CARVALHO, 2013, p. 221).

Não há direito sem direito, o que demonstra o paradoxo de que, concomitantemente, ele pressupõe-se e precede-se de si próprio. O direito existe apenas e enquanto sistema de comunicação normativa, que se reproduz a si mesmo na base de um incessante processo de qualificação "normativa" de toda a comunicação possível como comunicação jurídica ou não jurídica, segundo a lógica de uma estrita e invariável alternância binária.

A "clausura sistêmica" decorrente da autopoiesis do Direito diz respeito ao ponto central da questão anteriormente tratada nas perspectivas de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse. Uma vez que o Direito é um sistema autopoietico que coexiste num universo de sistemas autopoieticos – isto é, se o Direito é um sistema autorreferencial que vive ele próprio em um conjunto de outros sistemas autopoieticos que comportam, nesse sentido, de forma semelhante – como pode ele [Direito] aspirar a exercer influência sobre as diferentes áreas sociais e, em última instância, a própria sociedade, aos seus comandos? (TEUBNER, 1989, p. XXIII/XXIV). Luhmann (1985) sustenta que o sistema jurídico "não pode importar normas jurídicas do seu meio envolvente", bem assim como, inversamente, "as normas jurídicas não podem ser válidas como direito fora do próprio direito".

Em relação a isso, Teubner (1989) atesta que as normas "extrajurídicas" - por exemplo, sociais e éticas - só adquirem validade jurídica após a sua seleção pelo código interno próprio do sistema jurídico, e que, por outro lado, sempre que as normas jurídicas entram no cálculo de outros subsistemas, apenas o fazem porque elas foram tidas como importantes a luz de critérios de relevância extrajurídicos próprios do sistema em causa – por exemplo, relação custo-benefício no caso do sistema econômico, repercussões eleitorais no caso do sistema político, implicações morais no caso da religião. De uma forma mais geral, referido autor considera que a crise do moderno direito regulatório não constitui senão um problema de clausura autopoietica do sistema social, isto é, de resistência a formas de regulação direta, intervencionista e exógena da perspectiva da autopoiesis específica dos vários subsistemas funcionais regulados (LUHMANN, 1985).

Com Luhmann, é possível verificar a insustentabilidade da perspectiva de um Direito cuja função seria a satisfação das “[...] necesidades sociales de acuerdo con las exigências de la justicia y los demás valores jurídicos” (SICHES, 1972, p. 111). Deve-se, pois, como afirma Luhmann, enfatizar o conceito funcional da norma, em que, como expectativa de conduta que temporalmente se estabiliza em um determinado espaço, contrafactualmente não aprende com as frustrações:

De modo distinto a como se define en la literatura teórica del derecho ampliamente difundida, el concepto de norma no se define haciendo mano de características esenciales de la norma, sino mediante una distinción, la distinción: posibilidades de comportamiento en caso de que la expectativa se frustre, o se renuncia a la expectativa a causa de la decepción, o se mantiene la expectativa, a pesar de la decepción (LUHMANN, 2000, p. 99).

Referido conceito de diferenciação – ao contrario da noção de fusão que vigorava anteriormente – é o cerne da resolução de problemas modernos em uma sociedade cada vez mais complexa na qual o Direito se relaciona com as expectativas desta sociedade e funciona como mecanismo de estabilização e regulação de conflitos. Desta feita, Luhmann expõe que:

En sociedades que se vuelven más complejas se impone la diferenciación. Por lo mismo sistema económico y el jurídico son, entonces, sistemas funcionales autopoieticos, clausurados sobre si mismos, desde el momento que la sociedad puede darse al lujo de la diferenciación. (LUHMANN, 2000, p. 105)

Assim, apontando em sentido diverso das perspectivas desenvolvidas tanto por Hesse quanto por Lassale, deve-se destacar que a cláusula autopoietica da “teoria Luhmaniana” possibilita entender que a diferenciação entre sistema/entorno estabelece que o sistema funcione operacionalmente fechado, mesmo que cognitivamente aberto. Logo, não se devem depositar no sistema jurídico todas as expectativas em relação à solução dos problemas sociais.

O sistema jurídico realiza, sim, a distinção, mediante contínuas operações, entre direito e não-direito, possibilitando que a referência a esse código atribua ao sistema jurídico uma estrutura própria de comunicação. O eventual uso de outro código estranho a esse sistema torna-se inadmissível visto que a operação deixaria de ser interna do sistema jurídico.

Ante ao exposto, e verificando-se o fracasso do Estado de Bem Estar Social, deve-se reconhecer os limites do Direito em vista das “pretensões dirigistas” de diversos juristas, dentre os quais se encontra Hesse, e, também a inadequabilidade da perspectiva de Lassale, visto que nega qualquer autonomia ao sistema jurídico. Segundo Luhmann, o paradoxo do direito moderno e da sua autonomia funcional é justamente o fato deste ser um sistema jurídico “aberto porque é fechado e fechado porque é aberto.” (LUHMANN, 1988, p. 7)

A teoria autopoietica não deixa de colocar importantes questões no plano da própria epistemologia jurídica. Com efeito, essa teoria defronta-se com uma série de paradoxos que, ao invés de ocultados, são trazidos à tona possibilitando a incorporação de complexidade. É necessário lembrar que o homem passou séculos tentando ir ao espaço sideral e não obteve sucesso, pois perguntava a si mesmo como construir uma nave espacial que não vazasse. Somente quando a pergunta foi modificada e passou-se a questionar acerca do grau de vazabilidade que uma nave poderia suportar fora da estratosfera, é que foi possível incorporar a complexidade, trabalhar o risco e alcançar o sucesso.

3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Uma vez que se acredita que o destinatário maior da norma é o homem, também não pode se deixar de afirmar que os valores sob os quais a sociedade está alicerçada são fundamento de suas normas que, postas em prática, apresenta a razão de validade da norma. KELSEN (1990, p. 44) a este respeito ensina que

[...] validade do Direito significa que as normas jurídicas são obrigatórias, que os homens devem obedecer e aplicar as normas jurídicas. Eficácia do Direito significa que os homens realmente se conduzem como, e segundo as normas jurídicas devem se conduzir. Significa que as normas são efetivamente aplicadas e obedecidas.

KELSEN (1990, p. 61) ressalta e defende a chamada "*neutralidade objetiva*" e assim sua teoria reconhece os valores como fundamento de validade de um ordenamento jurídico. Continua ensinando, através de análise e crítica, diversos pontos da teoria jusnaturalista, porque sendo contrário ao dualismo, sua teoria não aceita a divisão do Direito em duas ordens, uma natural e outra positiva. Afirma que sendo a norma um valor, torna-se inconcebível a afirmação de que uma norma para ser válida, deva ter como conteúdo o valor justiça. Afasta com isso as concepções jusnaturalistas e defende a tese de que o fundamento de validade de uma norma só pode estar em outra norma, a que ele chama "*norma fundamental*", pressuposta pelo pensamento jurídico.

Partindo desta ideia, e visando a elaboração da concepção de justiça política, tem-se que o "*epoché*", a suspensão do juízo, é um exercício que requer aplicação e constância, e que permite a quem o pratica conferir um significado original e novo às coisas. Permite, por exemplo, entender que o pensamento vai além do dado de fato para um horizonte que se torna guia da realidade e da transformação da realidade. É a direção ideal na qual se dispõem as operações holisticamente

consideradas, para um determinado fim. E é esta consciência que serve de fundamento para toda a ciência. Infere-se que mais do que meras constatações (juízos de realidade) os juízos de valor se encontram intimamente relacionados ao seu objeto, que se situa na vida social.

O fundamento deste raciocínio está na ordem pública e na eficácia normativa dos preceitos legais. Daí tem-se a natureza do Estado como agenciador dos interesses públicos e privados, como também a idéia de justiça, configurando o Estado de Direito. KELSEN (1990, p. 106) volta-se para a idéia de que o Direito, constituindo-se como um sistema autopoietico, é formado por procedimentos que constam de condutas que estabelecem novas normas que, por sua vez, foram reguladas por normas anteriores. Destaca, ainda, a diferença entre sistema estático e sistema dinâmico no que concerne ao ordenamento jurídico e à produção normativa.

Há uma organização jurídica produzindo os elementos de sua estrutura, pelas relações que se estabelece entre eles, formando unidades (leis federais de um país, etc.). O sistema (jurídico) é autopoietico e diferenciado de outros.

Será este um dos aspectos por meio dos quais se compreende DWORKIN (1982, p. 253) na afirmação da Constituição como norma de reconhecimento. Sendo assim, “[...] o direito constitui um sistema quando se reconduz, formal e procedimentalmente, a uma idêntica norma fundamental” (CANOTILHO, 1991, p. 49). Sobre este mesmo aspecto, WEIL (1990, p. 119) entende que

A lei fundamental é a regra da vida de um Estado. Ela é a regra formal e, por isso mesmo, respeitável como tudo o que é pensado no universal, mesmo que de modo insuficiente porque apenas formal. Porém, sendo formal, ela não tem força por si mesma. Como toda lei ela evolui com a realidade que ela regula, e só regula porque a exprime sob a forma da lei universal. Formalismo e antiformalismo são igualmente abstratos: é a realidade social e histórica que se torna autoconsciente na lei fundamental. Como qualquer outra, a lei fundamental não poderia ser inventada ou criada; ela formula o que existe no modo de trabalhar da sociedade, na organização que esta se deu, na moral viva da comunidade que engendrou esta sociedade particular.

E para ser mais específico, WEIL (1990, p. 87) assevera que

[...] o que separa os Estados constitucionais dos autocráticos não é a existência de leis formalmente universais; é o fato de as leis existentes não poderem ser modificadas sem o consentimento dos cidadãos, dado nas formas prescritas pela lei constitucional, que é lei fundamental por reger a modificação de toda outra lei e a sua própria. O controle dos atos governamentais resulta daí; a lei fundamental de todo Estado constitucional, para assegurar sua própria eficácia, limita os direitos do governo e exige o consentimento dos cidadãos não só para qualquer modificação de leis, mas também para certos atos que, se fossem da competência exclusiva do governo, de fato o livrariam de qualquer controle.

A Lei Fundamental funciona como suporte de qualquer decisão que envolva o Estado, portador, através dos poderes que lhe confere a Lei Fundamental, de autoridade na resolução de conflitos e na efetiva vida quotidiana estatal.

A herança Iluminista da Constituição como ordenamento basilar, parece estar na ideia de que a Constituição ideal resguarda a ideia de Constituição real. Posto isto, toma-se a afirmação de CANOTILHO (1991, p. 49) de que "no plano da metódica de regulação pretende-se a revelação intencional de regras e princípios jurídicos (normas jurídicas) através da objectivação de um conteúdo jurídico, recorrendo a certas formas e procedimentos", o que levará à qualidade normativa e validade.

Mais adiante, CANOTILHO (1991, p. 91) citando ALEXY (1993, p. 82), afirma que o sistema jurídico é "um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras", e, sendo mais específico, esclarece que "os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas — as regras jurídicas." A par do que foi esclarecido, CANOTILHO resume seu pensamento ao afirmar que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas. Ensina ALEXY (1993, p. 86) que:

el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.

A norma de Direito é identificada, portanto, como um princípio reconhecido junto ao fato e que, evoluindo, constrói o texto legal. O que não se pode confundir é que lei não é norma, e que princípio é conceito e regra é concepção, sendo que a prova disto é que os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, que por sua vez é requisito (elemento de validade) de toda ordem (expressa pela regra) jurídica, no que se refere a sua existência ou positividade.

Diante do exposto, a Lei Fundamental é entendida como instrumento de reconhecimento, garantia, conformação e aplicação do direito, de acordo com o conteúdo justo e a função do Estado, assegurando ao homem a condição de cidadão. Impõem-se para isso que a consciência, manifestada e realizada no sujeito, defina fins e tarefas para a densificação do princípio democrático, através da unidade do sistema jurídico.

Estabelecida a pretensão de validade, está-se referindo à concepção de uma intenção (necessidades, aspirações, retidão, inteligibilidade, etc.) que se encontra na argumentação

desenvolvida pelo discurso, de acordo com a constatação do objeto da experiência ou do fato, porque, fazendo um paralelo,

La pretensión de validez de un acto de habla constativo se refiere a objetos de la experiencia y a hechos; la pretensión de validez de una norma reconocida es ella misma objeto de la experiencia o hecho. De ahí que podamos hablar de normas existentes. La vigencia (normativa) es la forma de existencia de las normas. Se expresa en oraciones de deber del tipo: en tales o cuales situaciones se debe (es obligatorio) ejecutar (o omitir) la acción x. El operador modal (es obligatorio) juega para los miembros de los sistemas sociales un papel similar al que juega el cuantor de existencia (existe) para el observador de la naturaleza; ambos expresan una forma de existencia. Tales oraciones de deber (o preceptos) expresan la pretensión de validez de normas existentes; no pertenecen a los actos de habla que pueden ejecutarse ateniéndose a normas. (ALEXY, 1993, p. 54)

Isto porque

[...] son las pretensiones de validez de las normas existentes, pretensiones que vienen formuladas en oraciones de deber, las que se convierten en objeto de los discursos prácticos (no las pretensiones de validez de los actos de habla regulativos. (ALEXY, 1993, p. 63)

A validade de uma norma é, antes de mais nada, produto de sua eficácia que, por sua vez, só poderá ser constatada mediante a existência desta norma - no que ainda afirma-se que está-se referindo à validade fática (a validade formal se relaciona com a vigência e a validade ética é o fundamento axiológico).

A la pretensión de validez de las afirmaciones, ingenuamente reconocida en contextos de acción corresponde la vigencia o validez fáctica de las normas. A la pretensión de verdad de los enunciados acerca de estados de cosas (hechos), que pueden existir o no existir, tematizada en los discursos teóricos, corresponde a la pretensión de rectitud, tematizada en los discursos prácticos que las recomendaciones entablan en favor de preceptos que afectan a todos y a los que es posible deba prestarse vigencia (y que en cuanto rigen fácticamente, representan normas reconocidas). A un hecho debe corresponderle (por lo menos) una afirmación justificada (o un enunciado verdadero), a una norma que en circunstancias dadas debe regir, debe corresponderle (por lo menos) una recomendación justificada (o mandato correcto). Ciertamente que una norma fáctica mente vigentes, no por eso tiene la razón de su parte, y normas correctas puedes que no lleguen a alcanzar vigencia fáctica. De ahí que los resultados de los discursos prácticos, en los que se demuestra que la pretensión de validez de normas fácticamente reconocidas no puede en realidad desempeñarse o que normas cuya pretensión de validez sería susceptible de desempeñarse con argumentos no están en realidad vigentes, se comporten críticamente frente a la realidad (es decir, frente a la realidad simbólica de la sociedad), mientras que los discursos teóricos no pueden dirigirse contra la realidad (naturaleza) misma, sino contra afirmaciones falsas acerca de la realidad. (ALEXY, 1993, p.72)

Tudo isso acontece na medida em que a norma se fundamenta na realidade social. Ao se referir à existência ideal, está-se colocando a experiência como condição de validade da norma e acima da argumentação fundamentada ou de uma justificação de pretensão de validade problematizada (motivação racional). No entanto,

[...] si como criterio de verdad sólo se permite un consenso fundado, la teoría consensual de la verdad se ve envuelta en una contradicción. Las condiciones bajo las que un consenso puede considerarse real o racional y, en todo caso, garantizador de verdad, no pueden hacerse a su vez depender de un consenso: "Parece que un consenso, para poder garantizar la verdad de enunciados puestos en cuestión, está sometido aún a condiciones cuyo cumplimiento no puede orientarse a su vez por un consenso. (ALEXY, 1993, p. 83)

Por meio de uma operação de valoração é possível obter o argumento que leva ao reconhecimento da pretensão de validade de uma afirmação ou de uma norma. Quanto ao consenso como relação de adequação entre argumentação e realidade, trata-se de:

[...] una cuestión que directamente sólo podría decidirse mediante un ir y venir entre concepto y cosa. Pero sólo a un espíritu metafísico, que no sería ya espíritu de nuestro espíritu, le sería posible tal acceso directo. Nosotros dependemos del curso de la argumentación. Las propiedades formales del discurso tienen, por tanto, que ser tales que pueda cambiarse en todo momento de nivel de discurso, de suerte que un sistema de lenguaje y conceptual elegido pueda, llegado el caso, reconocerse como inadecuado y ser sometido a revisión: el progreso del conocimiento se efectúa en forma de una crítica sustancial del lenguaje. Un consenso alcanzado argumentativamente puede considerarse criterio de verdad si, pero sólo si, se da estructuralmente la posibilidad de revisar, modificar y sustituir el lenguaje de fundamentación en que se interpretan las experiencias. La experiencia reflexiva de la inadecuación de las interpretaciones de nuestras experiencias tiene que poder entrar en la argumentación. (HABERMAS, 1994, p. 207)

Isto posto, é de suma importância acrescentar que:

La universalización sirve de principio puente para justificar el paso desde referencias descriptivas a las consecuencias y consecuencias secundarias de la aplicación de una norma para la satisfacción de necesidades generalmente aceptadas) a la norma misma. El papel de estos principios puente está estrechamente ligado con el lenguaje de fundamentación. Pues si el sistema de lenguaje empleado para las argumentaciones, el lenguaje de fundamentación, que en cierto modo antecede a la experiencia, lo entendemos a la vez como resultado de procesos de formación dependientes de la experiencia, puede explicarse por qué en la fundamentación de las afirmaciones es posible el principio de inducción y por qué en la fundamentación de normas y valoraciones es necesario el principio de universalización. (HABERMAS, 1994, p. 207)

A universalização é fundamental para se alcançar a validade, uma vez que da valoração do princípio da universalização depende a argumentação e a eficácia, representativa da realidade vivida.

Etimologicamente seria pleonasma dizer que todo encontro com a realidade é simbólico. Entretanto, todo conhecimento é simbólico, porque em verdade, não vem a ser nem uma cópia nem uma ficção ou falsificação, mas uma síntese: o sujeito *se projeta sobre e introjeta a realidade*. Se o conhecimento produzido pela percepção se forma, de início, pela simbolização, pelo encontro *ab extra* (de fora), tudo quanto provém da associação, da combinação, dever-se-ia dizer que vem de uma simbolização, de um encontro, *ab intra* (de dentro). Assim sendo, por meio da instrumentalização da ideia de simbolização, tem-se que:

El principio de universalización, según el cual sólo se permiten normas que en su ámbito de validez pudiesen encontrar un asentimiento general, cobra una importancia central. Pues el principio de universalización sirve para excluir, como no susceptibles de consenso todas las normas que encarnan intereses particulares, intereses no susceptibles de universalización. (ALEXY, 1993, p.167)

A partir do exposto pelo autor nota-se o rompimento dos limites do discurso teórico sobre a *existência ideal* que um consenso racional proporciona, não como fenômeno empírico, mas como auto-reflexão inevitável para o cumprimento do processo de formação da vontade política, de acordo com um dado contexto.

Neste sentido, uma norma só tem validade quando além de eficaz, é dotada de critérios relativos à aplicação da norma de reconhecimento. No entanto, HART faz uma ressalva:

Diz-se de alguns dos enigmas relacionados com a idéia de validade jurídica, que eles respeitam à relação entre a validade e a eficácia do direito. Se por eficácia se quer dizer que o facto de que uma regra de direito exigindo um certo comportamento é mais frequentemente obedecida do que desobedecida, é evidente que não há relação necessária entre a validade de uma regra concreta e a *sua* eficácia, a menos que a regra de reconhecimento do sistema inclua entre os seus critérios, como o fazem algumas, a disposição (por vezes referida como regra de desuso) de que nenhuma regra é considerada como regra do sistema se tiver cessado há muito de ser eficaz. (HART, 1994, p. 62)

E ainda adverte:

[...] seria de forma geral desprovido de sentido quer avaliar os direitos e os deveres de pessoas concretas por referência às regras primárias de um sistema, quer avaliar a validade de qualquer de suas regras por referência às suas regras de reconhecimento. (HART, 1994, p. 64)

Dados os critérios de validade do sistema, HART (1994, p. 66) continua advertindo que:

Alguns autores, que acentuaram a natureza jurídica última da regra de reconhecimento, expressaram tal dizendo que, enquanto a validade jurídica das outras regras do sistema pode ser demonstrada por referência àquela, a sua própria validade não pode ser demonstrada, antes é *assumida* ou *postulada*, ou constitui uma *hipotese*. (...) Uma tal questão não pode se i posta quanto à validade da própria regra de reconhecimento que faculta os critérios; esta não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceite como apropriada para tal utilização. Expressar este simples facto dizendo de forma pouco clara que a sua validade é *suposta*, mas não pode ser *demonstrada*, é como dizer que supomos, mas não podemos demonstrar, que a barra do metro-padrão em Paris, que é o teste último da correcção de toda medida métrica, é ela própria correcta. (...) A regra de reconhecimento é diferente das outras regras do sistema. A asserção de que existe só pode sei uma afirmação externa de facto. Porque enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, *existir*, mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de facto.

De fato, KUHN (1982, p. 69) reconhece que "[...] não podemos recorrer a noções como *verdade ou fundamento de validade* a propósito dos paradigmas para compreender a especial eficácia da investigação que a sua aceitação permite", porque, no *fundamento* a razão de validade não pode ser indagada e a pretensão de verdade não se desempenha mediante argumentação – e sim mediante experiências.

No sistema jurídico a qualidade normativa leva à validade, produto de operações de autoprodução, em que a valoração dos fatos que são determinantes da estrutura normativa efetua, de forma vinculante, a criação de modelos jurídicos e de modelos dogmáticos, de acordo com a percepção jurídica da realidade vivida.

Observando o direito como sistema autopoietico, considera-se que este procede a relações estruturais com outros sistemas sociais, no intuito de criar procedimentos que desenvolvam e instrumentalizem o direito de forma a realizar a validade (e não apenas a legalidade, isto é, conformidade externa e material com a norma). Isso leva à distinção entre o critério de validade do Direito, que é autônomo, e a teoria da autopoiese.

Afinal, a concepção microfísica do poder determina, cada vez mais, o fenômeno jurídico (relação entre existência, consistência e aplicação da lei), disseminando regras e estratégias (teoria dos jogos) que manifestam formas de disciplinar as forças e objetivos propostos, além de possibilitar a construção de novos enunciados de validade da ordem jurídica. KELSEN (1990, p. 138) reconhece que:

O domínio material de validade de uma ordem jurídica é sempre ilimitado, na medida em que uma tal ordem jurídica, por sua própria essência, pode regular, sob qualquer aspecto, a conduta dos indivíduos que lhe são subordinados.

Isso porque o processo de validade em KELSEN é escalonado, e não circular. Em HABERMAS (1984, p. 86), o dever prescritivo pode ser derivado da validade normativa de uma lei moral, ou mesmo, empiricamente, da efetividade da norma técnica, o que pode ser esclarecido pelo fato de que, cada vez mais a técnica se torna um instrumento de domínio, visto que a operação de um ato jurídico (valorado) é meio para se alcançar um fim e, portanto, não é ético (então, o direito é norma técnica). FERRACINE completa e ensina citando RAVÀ (1950, p. 21) que “[...] a primeira dificuldade nasce da distinção corrente entre ética como gênero e moral como espécie, distinção que nenhum dos seguidores desta teoria até agora elaborou de modo satisfatório”.

Submetendo a exame essas teorias todas, prossegue RAVÀ (1950, p. 81), “[...] o que se apura é que da categoria ética são eliminadas as normas éticas. Sendo assim, as normas éticas somariam aquelas normas que designam as ações boas em si. Ali, a sede do *ethos*, no sentido pleno da palavra”.

A verdade, encarada como objeto suposto pela validade por meio de técnicas e procedimentos, funciona como verdadeiro instrumento na resolução de conflitos e forma de sancionamento político. Está-se aqui se referindo a “[...] una forma de vida comunicativa que se caracterice porque la validez de tôdas tas normas de acción politicamente relevantes se haga depender de procesos discursivos de formación de la voluntad politica”. (RAVA, 1950, p. 83).

A unidade do sistema jurídico, portanto, representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma ordem normativa determinada.

4 CONCLUSÃO

Considerando-se que o Direito é ciência do espírito (como afirmava DILTHEY, 1989), voltada para as relações humanas e afastada da certeza das ciências empíricas, a falibilidade é parte do sistema. Essa falibilidade não pode e nem deve afetar a noção contemporânea de segurança jurídica, que ultrapassa a mera certeza e previsibilidade do Direito para incorporar aspectos da justiça constitucionalmente institucionalizada (ASSIS, 2016) e é por isso que o Direito se aprimora, posto que é dinâmico como o é a sociedade - e para tanto precisa da melhor hermenêutica. Essa hermenêutica não busca a imparcialidade apregoada pelo paradigma da filosofia da consciência; ao contrário, parte da idiosincrasia humana reconhecida no paradigma da filosofia da linguagem.

Nesse contexto, a Constituição se apresenta como lócus hermenêutico, sendo impossível ignorá-la em qualquer interpretação. Também é ela o suporte de toda e qualquer decisão estatal, uma vez que é fonte da autoridade deste. Além disso, a mesma Constituição precisa ser o ponto de partida de todas as argumentações, que são sempre direcionadas ao consenso para o alcance da universalização. As normas, por sua vez precisam da fundamentação, uma vez que é ela quem proporcionará a validade. De toda forma, a norma de reconhecimento será a Constituição, que aproxima o texto legal da realidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho e razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. *In*: TEUBNER, Günter. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. XIX-XX.

ASSIS, Christiane Costa. **Tempo e segurança no controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.
- CORSI, Giancarlo et al. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Mexico: Universidad Iberoamericana.
- CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. pp. 169-187.
- DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco, vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- DILTHEY, W. **Introduction to the Human Sciences**. Edited by R. A. Makkreel & F. Rodi. Trad. Michael Neville. New Jersey: Princeton University Press, 1989. (Selected Works, v. I).
- DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. **Texas Law Review**, v. 60, 1982.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constiución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid. Editorial Civitas, 1991.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Politique et philosophie dans l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau**. Paris: PUF, 2001.
- KELSEN, H. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: M. Fontes, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. 2 vols. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Mas allá del estado nacional**. México: FCE, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. In: **Novos Estudos CEBRAP**, n. 26, marco de 1990, pp. 100-113.
- HABERMAS, Jürgen. **O discurso Filosófico da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-Estar Social e os esgotamentos das energias utópicas. Trad. Carlos Alberto Marques Novaes. **Novos Estudos CEBRAP**, set. 1987.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria da Acción comunicativa**. 2vol. Madrid, Taurus, 1988;
- HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, v. 2, 1984.
- HART, Hebert L. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HERRERO, Javier F. A pragmática transcendental como “filosofia primeira”. In **Síntese Nova Fase**, Belo Horizonte, v. 24, n. 79, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KHUN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoria de la sociedad**. 7ª ed., Milano: FrancoAngeli, 1995.

LUHMANN, Niklas. Participación y Legitimación: Ideas y experiencias. In SANJUÁN, Teresa Freixes, PORTA, Frances Pallarés et al. **La participación. Anuari de La Facultat de Dret**. Estudi Genrela de Lleida, 1985.

LUHMANN, Niklas. Quod Omnes Tangit: remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory. In ROSENFELD, Michel, ARATO, Andrew (Org) **Habermas Law and Democracy: Critical Exchanges**. Berkeley: University of California Press, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Sociological Observation of the Theory and Practice of Law**. 1988.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. (manuscrito). 2000.

LUHMANN, Niklas. Closure and Openess: On Reality in the World of Law. In TEUBNER, Gunther (ed.), **Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society**, 335. Berlin: Walter de Gruyter, 1988.

LUHMANN, Niklas. Mutamento di Paradigma nella Teoria dei Sistemi. In 2 “**Sistemi Urbani**”, 1983.

LUHMANN, Niklas. The Self-Reproduction of Law and its Limits. In TEUBNER, G. (ed.), **Dilemas of Law in the Welfare State**, 2 e 3. Berlin: Walter de Gruyter, 1985.

LUHMANN, Niklas. The Unity of the Legal System. In: TEUBNER, G. (ed.), **Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society**, 12 e segs. Berlin: Walter de Gruyter, 1988.

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme**. Grundriss einer allgemeinen Theorie, 24 e segs. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1984.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Autopoiesis and Cognition: The Realization of Life**. Dordrecht, Boston: Reidel, 1981.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Autopoietic Systems**. Illinois: Urbana. 1975.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De Máquinas y Seres Vivos**. Santiago: Editorial Universitaria, 1973. PEREZ. Miguel Romero, VILLALOBOS, Carlos. México: Universidad de Guadalajara, 1993.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In ROCHA, Leonel Severo (Org). **Paradoxos de auto-observação**: percurso da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

RAVÀ, Dolfo. **Diritto e stato nella morale idealistica**. Padova: CEDAM, 1950.

SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. 2ª ed., México: Editorial Porrúa, S.A, 1972.

STRECK. Lenio Luiz. Dogmática e hermenêutica: aportes críticos acerca da crise do direito e do estado. In **Cadernos de Pesquisa** n.º 02/ Agosto de 1997, Unissinos.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TEUBNER, Gunther. Das Regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um Postinstrumentale Rechtsmodelle. In **13 Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, 1984.

TEUBNER, Gunther. Juridificação: Noções, Características, Limites, Soluções. In **14ª Revista de Direito e Economia**, 1988.

TEUBNER, Gunther. Reflexive Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspective. In **68 Archiv für Rechts and Sozialphilosophie**, 1982.

WEIL, Eric. **Filosofia política**. São, Paulo, Loyola, 1990.

Submetido em 16.05.2017

Aceito em 28.08.2017